

Naar een andere verdeling van verantwoordelijkheid in de bouw

Onderzoek naar privaatrechtelijke verbeteringsmogelijkheden van de bouwkwaliteit

Instituut voor Bouwrecht

Februari 2013

EINDRAPPORT



INHOUDSOPGAVE

INHOUDSOPGAVE	1
LIJST VAN AFKORTINGEN	3
VOORWOORD	4
MANAGEMENTSAMENVATTING	5
1. INLEIDING	16
1.1 DE OPDRACHT AAN HET INSTITUUT VOOR HET BOUWRECHT	16
1.2 DE OPZET VAN HET RAPPORT	19
1.3 RAPPORT VAN DE WRR: EVENWICHTSKUNST	20
2. PRIVATISERING VAN DE TAKEN VAN BOUW- EN WONINGTOEZICHT: NAAR PRIVATE BEOORDELING	25
2.1 DE KEUZE VOOR PRIVATE BEOORDELING	25
2.1.1 <i>Private beoordeling: algemene ontwikkeling</i>	25
2.1.2 <i>Afwegingskader</i>	29
2.1.3 <i>Voor- en nadelen van private beoordeling in algemene zin</i>	32
2.2 PRIVATE BEOORDELING ALS VERVANGING VAN NALEVINGSTOEZICHT DOOR DE OVERHEID: EEN SCHETS	34
2.2.1 <i>Inleiding</i>	34
2.2.2 <i>Terminologische kwesties</i>	34
2.2.3 <i>Private beoordeling als vervanging van overheidstoezicht: de literatuur</i>	38
2.3 SPECIFIEKE STELSLS VAN PRIVATE BEOORDELING	45
2.3.1 <i>'De markt als toezichthouder. Private kwaliteitsborging in de bouw'</i>	45
2.3.2 <i>Nieuwbouw van woningen voor consumenten: Woningborg en SWK</i>	47
2.4 TUSSENCONCLUSIE	49
2.5 PRIVATE BEOORDELING ALS VERVANGING VAN OVERHEIDSTOEZICHT: PRAKTISCHE ASPECTEN	50
2.5.1 <i>Private beoordeling van ontwerpactiviteiten</i>	54
2.5.1.1 <i>Systeem- en procesniveau: wat is er al?</i>	54
2.5.1.2 <i>Productniveau: wat is er al?</i>	56
2.5.2 <i>Private beoordeling van aannemers</i>	56
2.5.2.1 <i>Systeem- en procesniveau: wat is er al?</i>	56
2.5.2.2 <i>Productniveau: wat is er al?</i>	57
2.5.3 <i>Welke eisen worden gesteld aan partijen die conformiteitsbeoordelingen uitvoeren bij ontwerpende partijen en aannemers?</i>	57
2.5.3.1 <i>Certificerende instelling</i>	57
2.5.3.2 <i>Technical Inspection Service (TIS)</i>	57
2.5.3.3 <i>Gecertificeerde bouwplantoetser</i>	58
2.5.3.4 <i>Gecertificeerde toezichthouder op de uitvoering</i>	59
2.5.4 <i>Tussenconclusie: welke instrumenten ontbreken nog?</i>	59
2.5.5 <i>Woningbouw voor consumenten</i>	60
2.5.5.1 <i>Systeem- en procesniveau</i>	61
2.5.5.2 <i>Productniveau</i>	61
2.5.5.3 <i>Tussenconclusie</i>	62
2.6 CONCLUSIE	62
3. ONDERZOEK NAAR DE MOGELIJKHEID VAN WIJZIGING VAN DE HUIDIGE VERDELING VAN AANSPRAKELIJKHEID IN HET PRIVAATRECHTELIJK BOUWRECHT	64
3.1 INLEIDING	64
3.2 ALGEMENE OPMERKINGEN INZAKE HET PRIVAATRECHTELIJK SYSTEEM VAN AANSPRAKELIJKHEIDSRICHT	65
3.3 AANSPRAKELIJKHEID UIT ONRECHTMATIGE DAAD	67
3.3.1 <i>De regelgeving: algemeen</i>	67

3.3.2 De regelgeving: uitgewerkt	70
3.3.3 Aanpassing van de regelgeving?	73
3.3.4 Conclusies.....	80
3.4 HET OVEREENKOMSTENRECHT	81
3.4.1. Inleiding.....	81
3.4.2 Algemene bepalingen in het BW	82
3.4.3 Titel 7.1: Koop en Ruil.....	83
3.4.4 Titel 7.12 BW: aanneming van werk.....	85
3.4.5 Het autonome bouwrecht	93
3.4.5.1 Inleiding	93
3.4.5.2 De verhouding opdrachtgever en adviseur: DNR 2011 (2005)	94
3.4.5.3 UAV 2012 (1989).....	97
3.4.5.4 De UAV-GC 2005	101
3.4.5.5 De koop-/aannemingsovereenkomst met garantie- en waarborgregeling	104
3.4.5.6 De verborgen gebreken regeling van Prorail.....	107
3.4.6. Conclusies en aanbevelingen contractenrecht	110

LIJST VAN AFKORTINGEN

AG	Advocaat-generaal
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BRL	Beoordelingsrichtlijn
BW	Burgerlijk Wetboek
COBc	Centraal Overleg Bouwconstructies
DBFMO	Design Build Finance Maintain Operate
DNR 2011	De Nieuwe Regeling 2011
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
HR	Hoge Raad
IBR	Instituut voor Bouwrecht
ISO	International Organization for Standardization
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
NEN	samenwerkingsverband van het Nederlands Normalisatie Instituut en het Nederlands Elektrotechnisch Comité
NEPROM	Vereniging van Nederlandse Projectontwikkeling Maatschappijen
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
NVB	Nederlandse Vereniging van Bouwondernemers
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
PELSC	Principles of European Law Service Contracts
RvA	Raad voor Accreditatie
RvA	Raad van Arbitrage voor de bouw
SBK	Stichting Bouwkwiteit
SWK	Stichting Waarborgfonds Koopwoningen
TBR	Tijdschrift voor Bouwrecht
TIS	Technical Inspection Service/Technische Inspectie Service
TO	Tijdschrift Omgevingsrecht
UAV 2012	Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken en van technische installatiewerken 2012
UAV-GC 2005	Uniforme administratieve voorwaarden voor geïntegreerde contractvormen 2005
VCA	VGM Checklist Aannemers
VGv	Verborgten Gebreken Verzekering
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum Ministerie van Veiligheid en Justitie

VOORWOORD

Voor u ligt een onderzoeksrapport geschreven in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken. Het onderzoek is gericht op het verder doordenken van verschillende aspecten van de richting die is ingeslagen door de Commissie Dekker in het rapport: *Privaat wat kan, publiek wat moet* uit 2008.

In dit rapport wordt vanuit het privaatrecht onderzocht hoe de kwaliteitsborging in het bouwproces verbeterd kan worden. Dit gebeurt langs twee lijnen, die van de controle die traditioneel de taak was van Bouw- en Woningtoezicht en langs de lijn van de bepalingen inzake de onrechtmatige daad en het overeenkomstenrecht.

De onderliggende gedachte is, dat verantwoordelijkheden vooral daar gelegd moeten worden waar zij beheerst kunnen worden, maar dat dat niet kan zonder controle.

In dit rapport worden suggesties gedaan gegeven de wens uitvoering te geven aan de richting ingeslagen door de Commissie Dekker, waarvan sommige ingrijpend zijn en die alle nadere uitwerking behoeven. Gezien het grote belang van de kwaliteitsborging en de ingrijpendheid van sommige voorstellen verdient het aanbeveling volgende stappen op dit pad te doen plaatsvinden in nauwe samenspraak met vertegenwoordigers van de functies in het bouwproces zijnde de ontwerpers, adviseurs en uitvoerders alsmede de in het bouwrecht gespecialiseerden.

Het rapport is geschreven door ondergetekenden; prof. dr. ir. A.G. Bregman fungeerde als klankbord en kritische meelezer.

Prof. mr. dr. M.A.B. Chao-Duivis
Mr. H.P.C.W. Strang

Managementsamenvatting

1. Onderwerp van onderzoek

1. De Commissie Dekker heeft voorgesteld het systeem van preventief bouwtoezicht in de bouw zoals dat traditioneel door Bouw- en Woningtoezicht wordt uitgeoefend te vervangen door private beoordelingen. Dit voorstel is door de politiek omarmd en thans vinden verschillende onderzoeken plaats om aan dat nieuwe stelsel invulling te geven. De richting waarin het nieuwe stelsel ontwikkeld dient te worden, is die van vormen van certificering. Deze keuze is inmiddels gemaakt en vormt voor het onderhavige rapport een gegeven vertrekpunt. Opmerking verdient dat het opstellen van de regels op de naleving waarvan toezicht wordt gehouden, een taak van de overheid blijft en dus ook geen onderwerp van dit rapport is.

2. Aan het Instituut voor Bouwrecht is de volgende opdracht gegeven (nader uiteengezet in Hoofdstuk 1):

‘Als overkoepelende term voor het onderzoek dat thans door het IBR zal worden uitgevoerd, is daarom de titel: ‘Naar een betere borging van de bouwkwaliteit’. Daaronder zal het onderzoek via twee lijnen worden uitgevoerd: (1) gegeven dat – met het oog op een betere borging - voor een privaat stelsel van preventief toezicht wordt gekozen: wat betekent dat in termen van het privaatrecht (daarbij komt met name certificering aan de orde) en (2) zou de bouwkwaliteit beter kunnen worden gewaarborgd door wijzigingen aan te brengen in bestaande wettelijke regeling van de aansprakelijkheid in het privaatrechtelijk bouwrecht, naar de bestaande algemene voorwaarden, de consumentenregeling voor nieuwbouwwoningen. En wat zou een en ander betekenen voor de verschillende mogelijkheden van verzekeringen?’

3. Praktisch betekent een en ander het volgende:

- het onderzoek richt zich op het toezicht tot en met de oplevering en niet op de periode die daarop volgt.
- Het onderzoek richt zich op de toetsing aan alle voorschriften die in het Bouwbesluit zijn vervat (dus niet alleen wat betreft de normen op het gebied van constructieve veiligheid), met uitzondering van de voorschriften inzake het gebruik.
- De andere aspecten waaraan bouwplannen worden getoetst (welstand, planologie (bestemmingsplan) en hinder derden) blijven buiten beschouwing.

2. Opzet van het rapport

1. Hoofdstuk 1 is de inleiding op het onderzoek. De opdracht wordt daarin uiteengezet en voorts is in dat hoofdstuk het onderzoek verankerd in het meer algemene kader van het denken over verantwoordelijkheid van de overheid, zoals met name uitgewerkt door de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid.

2. In Hoofdstuk 2 wordt ingegaan op het eerste concrete onderwerp van het onderzoek de vraag naar het vervangen van het preventieve overheidstoezicht door een stelsel van private kwaliteitsborging. De opzet van dit hoofdstuk is van algemeen naar meer concreet en eindigt dan ook met een bespreking op het niveau van de verschillende

functies in het bouwproces wat onderwerp van welke vorm van controle zou moeten zijn.

3. In Hoofdstuk 3 wordt besproken welke bescherming slachtoffers van een gebrekkig gebouw aan het Burgerlijk Wetboek ontnemen en welke bescherming opdrachtgevers van bouwwerken in het Burgerlijk Wetboek en in de meest voorkomende algemene voorwaarden hebben wanneer zij geconfronteerd worden met gebreken aan een gebouw na oplevering. Het Hoofdstuk valt uiteen in twee delen: een deel gewijd aan de onrechtmatige daad en een deel gewijd aan het bouwcontractenrecht.

4. De Hoofdstukken 2 en 3 eindigen met conclusies en aanbevelingen, die in deze Managementsamenvatting zijn opgenomen.

3. Hoofdstuk 1 Inleiding

1. Nadat in Hoofdstuk 1 de opdracht is uiteengezet treft de lezer in dat Hoofdstuk voorts een uitgebreide verwijzing aan naar het rapport van de WRR: Evenwichtskunst.

2. Wat de juridische vormgeving van een nieuw stelsel betreft, is het van belang het onderwerp dan ook van verschillende kanten te bekijken. De onderzoekers hebben met oog daarop gepoogd zich rekenschap te geven van de verschillende aspecten die aan preventief bouwtoezicht zitten met inachtneming van met name de ontwikkelingen op het gebied van certificering, kwaliteitszorg- en kwaliteitsmonitoring, Europeesrechtelijke relevante ontwikkelingen en het algemene bouwcontractrechtelijke denken over aansprakelijkheid en risicoverdeling.

3. Ook hetgeen opgemerkt wordt over verzekeringen door de WRR in het genoemde rapport is van belang, omdat zoals zal blijken verzekeringen mogelijk een grotere rol kunnen gaan spelen in het nieuwe stelsel.

4. Hoofdstuk 2 Privatisering van de taken van Bouw- en Woningtoezicht: naar een private beoordeling

1. In dit hoofdstuk wordt eerst op een algemeen niveau uiteengezet welke factoren een rol spelen bij het vormgeven van een nieuw stelsel, waarin naast het preventieve publieke toezicht preventief privaat toezicht komt (het zogenaamde duale stelsel¹) dan wel het publieke toezicht vervangen wordt door een stelsel van private beoordelingen. In de literatuur wordt aangaande met name andere economische sectoren al lang nagedacht over hoe een nieuw systeem vorm zou kunnen krijgen en welke haken en ogen daaraan zitten. Voorts is er onderzoek gedaan naar welke systemen geïndiceerd zijn gegeven bepaalde feitelijke gewoonten, praktijken of opvattingen in aan dergelijke controles te onderwerpen sectoren. Voor een deel gaat het hierbij om onderzoek dat aan de vraag naar wel of niet privaat gaan beoordelen vooraf zou moeten gaan. Deze vraag is voor het onderhavige rapport een gepasseerd station, maar de overwegingen die in de voorfase een rol van belang spelen, zijn desalniettemin wel van belang in de fase waarin de keuze voor private beoordelingen uitgewerkt moet worden.

2. Als overkoepelende term wordt in dit rapport de term private beoordelingen gebruikt. Het leerstuk van de beoordelingen is sterk in ontwikkeling en nog lang niet uitontwikkeld, geconstateerd wordt dat er naast lacunes ook nog lang geen eenduidig

¹ Het is de bedoeling dat de komende drie jaar met een duaal stelsel gewerkt wordt; na die periode zal worden bekeken wat wenselijk is: een duaal stelsel of een stelsel van alleen publiek of alleen privaat preventief toezicht.

taalgebruik is in dezen. In par. 2.2.2 wordt om die reden uitgebreid stil gestaan bij alle invalshoeken en mogelijke termen.

3. Private beoordelingen van de eigenschappen van een product, proces persoon of systeem hebben tot doel om vast te stellen of er een gerechtvaardigd vertrouwen bestaat dat het onderwerp van beoordeling aan de vooraf gestelde eisen voldoet. De conformiteitsverklaring die op basis van de beoordeling wordt verstrekt kan betrekking hebben op een bepaalde periode of als eenmalige verklaring worden afgegeven. In veel gevallen, wanneer een conformiteitsverklaring voor een bepaalde periode wordt afgegeven, kan gesproken worden van certificering. Wanneer een verklaring niet periodiek maar eenmalig wordt afgegeven, kan bijvoorbeeld gesproken worden van een testverklaring indien het een verklaring van een testlaboratorium betreft.

4. Onder het begrip private beoordeling wordt in dit rapport voorts verstaan de beoordeling die plaats vindt door een gecertificeerde partij. Een private beoordeling kan dan bijvoorbeeld inhouden dat een gecertificeerde partij een bouwplan beoordeelt op conformiteit aan het Bouwbesluit.

5. Vanuit een oogpunt van het voorkomen van bouwfouten, wordt idealiter een stelsel van private c.q. publieke beoordeling ingericht, waarin alle functies in de bouw (ontwerpen/adviseren en realiseren) worden onderworpen aan een allesomvattend systeem van controle. Daarmee wordt bedoeld dat de personen die een functie in het bouwproces vervullen op verschillende manieren gecontroleerd worden:

- Door middel van systeemtoetsen, waarmee vastgesteld kan worden of het systeem van kwaliteitsborging van de bij een bouwproces betrokken partijen voldoet.²
- Door middel van procestoetsen, waarmee vastgesteld kan worden of de processen die moeten leiden tot een product met de vereiste kwaliteit, ook daadwerkelijk plaatsvinden en uitgevoerd worden.
- Door middel van producttoetsen, waarmee vastgesteld kan worden of de opgeleverde ontwerpen en bouwwerken ook daadwerkelijk voldoen aan het Bouwbesluit, zoals het gevolg zou moeten zijn van het volgen van het kwaliteitssysteem en het uitvoeren van de daarin beschreven processen.

6. Dit raamwerk van toetsing van de verschillende functies kan ten dele worden ingevuld met behulp van reeds bestaande beoordelingsinstrumenten en ten dele zullen nog nieuwe instrumenten ontwikkeld moeten worden. Dit is als volgt uitgewerkt:

Ontwerpende partijen

7. Voor beoordeling op systeem- en procesniveau van ontwerpende partijen geldt dat er kwaliteitsaanduidingen zijn als 'architect' en 'geregistreerd constructeur', maar deze aanduidingen zijn slechts verbonden aan eisen betreffende kennis, ervaring en deskundigheid. Voor kwaliteitssystemen en -processen is de onderzoeker geen specifiek op het gehele ontwerpproces toegesneden algemeen certificaat of andere conformiteitsverklaring bekend. Bovendien is het in Nederland niet verplicht om een architect of geregistreerd constructeur in te schakelen.

² Onderdeel van een kwaliteitssysteem kan zijn het inschakelen van gecertificeerde personen.

8. Voor beoordeling op productniveau zijn er twee instrumenten (TIS en gecertificeerde bouwbesluittoets) gevonden, waardoor er enige ruimte voor differentiatie naar aanleiding van risicoklassen ontstaat.

9. Wat voor de ontwerpende functie nog ontwikkeld zou moeten worden:

Instrumenten waarmee in de gehele branche ontwerpende partijen op systeem- en procesniveau kunnen worden beoordeeld. Voor die ontwikkeling kan wellicht aansluiting worden gezocht bij reeds bestaande onverplichte kwaliteitsaanduidingen als 'architect' en 'geregistreerd constructeur'. Indien gewenst kunnen ook nog aanvullende instrumenten voor beoordeling op productniveau ontwikkeld worden.

Aannemers

10. Voor beoordeling van aannemers op systeem- en procesniveau geldt dat er geen specifiek op het geheel aan uitvoeringswerkzaamheden algemene beoordelingsnormen zijn gevonden aan de hand waarvan een private beoordeling kan worden verricht.

Voor beoordeling op productniveau zijn er twee instrumenten gevonden (TIS en gecertificeerd bouwtoezicht), waardoor er enige ruimte voor differentiatie naar aanleiding van risicoklassen ontstaat.

11. Wat ontbreekt er nog?

Instrumenten waarmee in de gehele branche uitvoerende partijen op systeem- en procesniveau kunnen worden beoordeeld. Indien gewenst kunnen ook nog aanvullende instrumenten voor beoordeling op productniveau ontwikkeld worden.

De toezichthouders

12. Het beoordelen van toezichthouders laat zich vooral kenschetsen als systeem- en procestoezicht. Uit het onderzoek van Van der Heijden blijkt dat er in het buitenland af en toe vraagtekens geplaatst kunnen worden bij de effectiviteit van systeemtoezicht op private toezichthouders. Men kan zich afvragen of een dergelijk toezicht op private beoordelingsinstanties voldoende is, of dat er uitgebreider (op een concreter niveau) toezicht nodig is en of dit toezicht op toezichthouders ook weer moet worden uitgevoerd door instanties die zelf beoordeeld worden op onafhankelijkheid en deskundigheid.

13. Wat ontbreekt er nog?

Een nadrukkelijker (steekproefsgewijze) beoordeling op productniveau van de toezichthouders, die gezien buitenlandse ervaringen een positief effect kan hebben op de kwaliteit van de door de toezichthouders uitgevoerde beoordelingen, lijkt nog te ontbreken.

15. Over enig verschil in de praktijk met betrekking tot de kwaliteit van beoordelingen tussen erkende partijen (de TIS) en onder accreditatie gecertificeerde partijen kunnen de onderzoekers geen uitspraken doen, omdat daarvoor de benodigde empirische gegevens ontbreken en bovendien omdat een vergelijking lastig te maken is, gezien de verschillende wijzen van beoordelen.

Het onderzoek, waarvan in hoofdstuk 2 verslag wordt gedaan, eindigt met de volgende aanbevelingen:

Aanbevelingen

1. Bij gebruik van systeemtoezicht in een stelsel van private beoordeling dient rekening te worden gehouden met de omstandigheden waaronder systeemtoezicht succesvol kan zijn.
2. De inrichting van een stelsel van private beoordeling heeft consequenties voor de kosten van het toezicht aan de zijde van aanvragers/vergunninghouder, private beoordelingsinstanties en gemeentelijk bouw- en woningtoezicht. Het verdient aanbeveling om meer duidelijkheid te krijgen over welke kosten op kunnen treden, zodat hiermee rekening gehouden kan worden bij de inrichting van het stelsel.
3. Bij de inrichting van een stelsel van private beoordeling dient - met het oog op de effectiviteit van een dergelijk stelsel - rekening gehouden te worden met marktomstandigheden die (mede)bepalend zijn voor het succes van een stelsel van private beoordeling en met nalevings- dan wel overtredingsmotieven in de sector.
4. Bij de inrichting van een stelsel van private beoordeling dienen zoveel mogelijk waarborgen te worden gecreëerd opdat beïnvloeding van de private beoordeling als gevolg van de commerciële relatie tussen private beoordelingsinstantie en de aanvrager/vergunninghouder (de te beoordelen partij) wordt voorkomen.
5. Bij de inrichting van een stelsel van private beoordeling verdient het aanbeveling om het stelsel zo in te richten dat er geen onnodige remmende werking vanuit gaat op innovatie.
6. Mogelijke onwenselijke effecten die op kunnen treden als gevolg van concurrentie tussen publieke en private partijen in een duaal stelsel dienen zoveel mogelijk voorkomen te worden. Een duaal stelsel waarin 'one-shotters' gebruik kunnen maken van het publieke spoor en 'frequent players' is een mogelijke in de literatuur genoemde oplossing, die echter eerst op haalbaarheid zou moeten worden onderzocht.
7. Het stelsel van private beoordeling dient zich op beoordeling van alle functies in het bouwproces te richten (ontwerpen/adviseren, uitvoeren, toezicht houden).
8. Een stelsel van private beoordeling waarin de beoordeling zich op verschillende toetsniveaus (systeem, proces, product) richt, biedt de beste mogelijkheid om tot naleving van het Bouwbesluit te komen.
9. Een stelsel van private beoordeling dat bestaat uit verschillende risicoklassen biedt de mogelijkheid tot maatwerk waarbij de grootste risico's met een zwaardere vorm van toezicht beoordeeld worden en de lichtste risico's met een lichtere vorm van toezicht. Een dergelijk stelsel biedt bovendien de mogelijkheid om voor verschillende risicoklassen een verschillende toepassingsvariant van private beoordelingen te kiezen. In ieder geval zal of per risicoklasse of voor het stelsel in zijn geheel een keuze gemaakt dienen te worden voor een toepassingsvariant. Verwacht mag worden dat een gedifferentieerd systeem van zwaarten van de beoordelingen bijdraagt aan kostenbeheersing.
10. Invoering van het door de Commissie Dekker geïnitieerde stelsel waarvan in dit rapport de grenzen zijn verkend, dient gepaard te gaan met een monitoring en evaluatie, waarna tot een meer definitieve inrichting van het stelsel kan worden overgegaan.

5. Hoofdstuk 3: Onderzoek naar de mogelijkheid van wijziging van de huidige verdeling van aansprakelijkheid in het privaatrechtelijk bouwrecht

1. In dit hoofdstuk wordt in het eerste deel een overzicht gegeven van een aantal belangrijke privaatrechtelijke uitgangspunten. Vervolgens is nagegaan wat de positie is van iemand die schade lijdt als gevolg van een onrechtmatige daad waarbij een gebrekkig bouwwerk is betrokken. In het derde deel wordt de contractuele aansprakelijkheid onderzocht en gaat het om de vraag welke bescherming een opdrachtgever van een bouwwerk geniet (hetzij een opdracht tot een ontwerp van een bouwwerk hetzij een opdracht tot uitvoering van een ontwerp).

2. Het vertrekpunt voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is artikel 6:162 BW, waarin bepaald wordt dat wil er aansprakelijkheid zijn op grond van onrechtmatige daad (de aansprakelijkheid die niet gegrond is op een contractuele tekortkoming) er aan vijf eisen voldaan moet zijn: een onrechtmatige daad (gedefinieerd in lid 2), toerekenbaarheid van de daad aan de dader (lid 3), schade (lid 1), causaal verband tussen de daad en de schade (lid 1) en relativiteit (zie daartoe lid 1 en art. 6:163). Voorts zijn van belang: de artikelen 6: 170 en 6:171 BW, waar het gaat over de aansprakelijkheid van iemand voor de onrechtmatige daad gepleegd door een ander en artikel 6:174 BW inzake de aansprakelijkheid van de opstalhouder.

3. Aan de hand van verschillende casus wordt een veelheid van situaties besproken.

4. De in paragraaf 3.3 opgeworpen vraag 'Levert dit stelsel moeilijkheden op voor schadelijdende personen (de gelaedeerden)?' beantwoordend, zijn de volgende conclusies te trekken:

- a) als vaststaat dat er sprake is van een onrechtmatige daad, is er sprake van risicoaansprakelijkheid en levert het toerekeningsvereiste in het algemeen geen sta in de weg om tot aansprakelijkheid te komen. Wel zal ook voldaan moeten zijn aan het relativiteitsvereiste. Op dat punt is geen zekerheid te bieden. Wat van dat laatste zij: een aanpassing van de regelgeving rond art. 6:162 BW wordt niet aanbevolen, omdat de casus laten zien, dat het onrechtmatige daadsleerstuk voldoende is ontwikkeld. Wel wordt uitdrukkelijk aandacht gevraagd voor het rekening houden met het relativiteitsvereiste bij de formulering van de taken die op private beoordelende instanties gelegd zullen worden in de toekomst.
- b) De regeling in art. 6:174 BW maakt dat het onrechtmatige daadsrecht voor wat betreft de aansprakelijkheid bij bouwwerken een centrale aansprakelijke persoon kent: namelijk de opstalbezitter. De positie van de gelaedeerden is daarmee vergaand beschermd.
- c) Bewijsrechtelijk: een slachtoffer van een gebrek in een opstal dient te opstalbezitter aansprakelijk te stellen; ontkent die aangesproken partij dat hij aansprakelijk is, dan moet het slachtoffer een gang naar de rechter ondernemen en rust de bewijslast op hem. Procederen is kostbaar en bewijslast betekent bewijsrisico. Hoewel er dus materiële bescherming is voor een gelaedeerde, kan het van andere factoren afhangen of deze bescherming geëffectueerd wordt. Het is niet uit te sluiten dat bezitters van opstallen een houding hebben van 'het zal wel meevallen met aansprakelijkheidsstellingen'. Een dergelijke houding is veel minder te verwachten wanneer men zich bewust is dat er tegen gebreken altijd

wordt opgetreden. Ook dit is een factor, al is die niet echt van juridische aard, die bij het afwegingskader meegenomen zal moeten worden.

5. Er wordt op het punt van de aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad één aanbeveling geformuleerd door de onderzoekers en die luidt als volgt: de wijze waarop met het relativiteitsvereiste wordt omgegaan in de rechtspraak is voorwerp van zware kritiek. Het is van belang, dat bij het formuleren van de taken van de private beoordelaars het leerstuk van de relativiteit expliciet betrokken wordt. Bij het formuleren van deze taken dient men zich een goed begrip van dit ingewikkelde leerstuk te vormen; ten behoeve van de praktijk wordt aanbevolen bij (eventuele) toelichtingen uitdrukkelijk aandacht aan deze kwestie te besteden. Hiermee wordt, althans ten dele, voorkomen dat bij latere noodzakelijke interpretatie van de normen waaraan de private toezichthouders gebonden zijn, onduidelijk is hoe deze en daardoor gedekte taken begrepen moeten worden.

6. In het volgende deel van Hoofdstuk 4 is de aansprakelijkheid na oplevering in het bouwcontractenrecht in beeld gebracht. Eerst is de wettelijke regeling (art. 7:758 lid 3 BW) besproken en vervolgens de regeling van de aansprakelijkheid na oplevering in het zogenaamde autonome bouwrecht.

7. De vraag die onderwerp was van deze paragraaf was: welke bescherming biedt het (bouw) contractenrecht aan de consument³ van een bouwproduct mede in het zicht van het wegvallen van de preventieve bouwtoets. Daartoe zijn de belangrijkste contractuele regelingen betreffende de aansprakelijkheid van de aannemer/opdrachtnemer nagelopen en in kaart gebracht.

8. De volgende conclusies kunnen worden getrokken:

- 1) De hoofdregel in het BW en in de UAV 2012 (1989) en UAV-GC 2005 is, dat na oplevering de aannemer/opdrachtnemer ontslagen is van aansprakelijkheid behoudens aansprakelijkheid voor verborgen gebreken.
- 2) Het begrip verborgen gebreken is een relatief begrip, waarvan de invulling in concreto afhankelijk is van de deskundigheid van degene die toezicht hield, met dien verstande dat
 - i) de wet het toezichtsmoment beperkt tot het moment van oplevering,
 - ii) de UAV-GC 2005 twee relevante momenten kent met voor ieder moment een eigen criterium op het moment van oplevering namelijk het criterium daadwerkelijk opgemerkt hebben voorafgaand aan de oplevering en het criterium redelijkerwijs had moeten ontdekken op het tijdstip van oplevering,
 - iii) de UAV 2012 (1989) twee momenten kent: de periode voorafgaand aan het moment van oplevering en de oplevering met als enige beoordelingscriterium wat de opdrachtgever had kunnen onderkennen en
 - iv) de koop-/aannemingsovereenkomst bevat een zelfde stelsel als de UAV 2012 (1989) met dien verstande dat aan deze overeenkomst de garantie- en waarborgregeling vrijwel standaard gekoppeld is, waardoor het systeem van zijn scherpe kanten is ontdaan.

³ Consument hier in de brede betekenis van het woord: afnemer van een bouwproduct.

- 3) Het feit, dat het bij het verborgen gebrek in alle regelingen om een relatief begrip gaat, betekent dat er wekerende rechtspraak is waarin arbiters/rechters zich moeten uitlaten over de vraag of in casu sprake was van een verborgen gebrek.
- 4) Het stelsel van en de rechtspraak inzake verborgen gebreken zijn beide in de literatuur bestreden, maar tot nu is slechts twee keer gepleit om het systeem ten principale te veranderen. In de internationale literatuur is van belang, dat het voorstel voor een 'Europees Burgerlijk Wetboek' (Principles for European Law Service Contract/PELSC) inhoudt dat oplevering niet leidt tot een verlies van recht van de opdrachtgever.
- 5) Het stelsel van aansprakelijkheid maakt dat ingeval er sprake is van meer betrokkenen bij een bouwfout de opdrachtgever niet alleen moet bewijzen dat er een gebrek is, maar ook dat hij moet bewijzen aan wie dit gebrek moet worden toegerekend ('wie heeft het veroorzaakt') en of het gebrek aan deze partij ook toerekenbaar is.
- 6) In het Franse stelsel speelt het verborgen gebrek ook een rol in het aansprakelijkheidsstelsel, maar daar bestaan belangrijke aanvullingen op. Om te beginnen wordt de deskundigheid van de directie niet aan de opdrachtgever toegerekend (waardoor feitelijk de groep van verborgen gebreken veel groter is) en is er van een verborgen gebrek sprake, dan zijn zowel ontwerpers als aannemers hoofdelijk aansprakelijk⁴. Hierdoor is de positie van de opdrachtgever aanzienlijk verbeterd. Voorts bestaat er in Frankrijk een verzekeringsplicht voor zowel opdrachtgever als opdrachtnemers. Deze juridische verschillen met Nederland hebben echter niet tot gevolg gehad dat de bouw veel beter presteert. De invloed van verzekeringen in combinatie met het ontbreken van sanctiemogelijkheden van verzekeraars jegens verantwoordelijke partijen lijkt een storende invloed te hebben op het presteren van partijen.
- 7) In de internationale literatuur (PELSC) blijkt een belangrijke groep van auteurs voorstander te zijn van een stelsel waarbij de aannemer na oplevering zijn aansprakelijkheid niet beperkt en waarbij er geen rechtsverlies optreedt voor opdrachtgevers in verband met het feit dat zij onderzoek hebben verricht dan wel gebreken hadden kunnen onderkennen.
- 8) In de consumentenbouw is al enkele tientallen jaren geleden een verontwikkeld systeem van bescherming van de consument van een nieuwbouwwoning tot stand gekomen. Dat systeem knoopt aan bij de bestaande aansprakelijkheidssystematiek (samengevat: na oplevering geen aansprakelijkheid behoudens voor verborgen gebreken). Aan deze systematiek is echter een garantie- en waarborgregeling gekoppeld, waardoor de consument verzekerd is van de kwaliteit van de woning op het niveau van de eisen van het Bouwbesluit en wel zo, dat dit een resultaatsverbintenis is rustend op zijn wederpartij. De consument moet wel bewijzen dat er een gebrek is, maar vragen van toerekening van dit

⁴ Naar Nederlands recht kan er sprake zijn van hoofdelijkheid tussen ontwerper en aannemer, maar dat is geen automatisme ingeval van verborgen gebreken, zoals dat wel in Frankrijk het geval is.

gebrek aan de ondernemer spelen niet. Daar komt voorts bij dat er laagdrempelige arbitrage is. Voorts zijn de ondernemers onderworpen aan controles door hun organisaties (Woningborg en SWK), die op hun beurt ook weer dienen te voldoen aan kwaliteitseisen. Woningborg en SWK hebben een machtsmiddel om de opdrachtnemers te dwingen tot een bouwen conform de gewenste eisen.

9. Aanbevelingen

a) Algemene aanbeveling

De positie van de opdrachtgever is op verschillende manieren te verbeteren. Uit deze manieren kan een keuze gemaakt worden. De algemene aanbeveling die in dit tweede deel van het rapport wordt gedaan, is dat naar deze verschillende mogelijkheden onderzoek wordt verricht alsmede dat overleg met de betrokkenen wordt verricht (markt, wetenschap, advocatuur, opdrachtgevers etc.). Op die manier kan draagvlak ontstaan voor wijzigingen. Dit draagvlak is van belang, want het aansprakelijkheidsstelsels is als het ware een 'zero sum game': de juridische verbetering van de positie van de ene partij betekent automatisch juridisch een verslechtering van de positie van de andere partij. Anders gezegd: het gaat hier om communicerende vaten. Overleg is essentieel voor draagvlak. De hoop is uiteraard wel, dat door de prikkels die van het aansprakelijkheidsrecht sterker uit zullen gaan, er een kwaliteitsverbetering zal optreden, waardoor de juridische 'aanwezigheid' teruggedrongen zal worden.

b) Gedetailleerdere aanbevelingen⁵

- 1) De positie van de opdrachtgever in het bouwcontractenrecht is te verbeteren door aanpassing van de zinsnede in art. 7:758 lid 3 BW 'gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken' (kort gezegd 'zichtbaar gebrek'). Dit begrip/deze tournure dient ontdaan te worden van zijn relatieve betekenis door een duidelijke omschrijving van de begrippen zichtbaar en verborgen gebrek. Dit moet dan neerkomen op het volgende: de aannemer is na oplevering alleen aansprakelijk voor verborgen gebreken; een verborgen gebrek is een gebrek dat niet genoteerd is op het proces-verbaal van oplevering.

Op deze wijze blijft het huidige systeem van het BW ongewijzigd (na oplevering geen aansprakelijkheid behoudens voor verborgen gebreken) en is het begrip verborgen gebrek eenduidig geformuleerd. Als bewijs van wat de opdrachtgever heeft ontdekt, dient het proces-verbaal van oplevering. Eventueel kan aan deze wijziging gekoppeld worden een expliciete verplichting rustend op de opdrachtgever het werk op te nemen.

- 2) In het verlengde van dit voorstel ligt de mogelijkheid par. 12 UAV 2012 (1989) en de UAV-GC 2005 op vergelijkbare wijze te wijzigen.

De tekst van par. 12 leden 1 en 2 UAV 2012 (1989) zou als volgt kunnen komen te luiden:

⁵ De voorstellen 1 tot en met 4 sluiten elkaar niet uit en kunnen gecombineerd worden met elkaar.

1. Na de dag, waarop het werk overeenkomstig het bepaalde in § 10, eerste of tweede lid, als opgeleverd wordt beschouwd, is de aannemer niet meer aansprakelijk voor tekortkomingen aan het werk.

2. Het in het eerste lid bepaalde lijdt uitzondering indien sprake is van een gebrek:

(a) dat toe te rekenen is aan de aannemer en

(b) dat bovendien tijdens de uitvoering noch bij de opneming van het werk als bedoeld in § 9, tweede lid, door de directie (daadwerkelijk) is onderkend en waarvan

(c) de aannemer binnen een redelijke termijn na de ontdekking mededeling is gedaan.

Par. 28 lid 1 UAV-GC 2005 zou als volgt kunnen komen te luiden:

Na de feitelijke datum van oplevering is de Opdrachtnemer niet meer aansprakelijk voor gebreken in het Werk of in enig onderdeel daarvan, tenzij:

(a) die gebreken te wijten zijn aan zijn schuld, of krachtens wet, rechtshandeling of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komen,

en bovendien

(b) de Opdrachtgever voorafgaande aan de oplevering noch op het tijdstip van de feitelijke datum van oplevering die gebreken niet (daadwerkelijk) heeft opgemerkt.

Conform het voorstel dat inzake art. 7:758 lid 3 wordt gedaan, kan dit voorstel voor zowel de UAV 2012 als de UAV-GC 2005 nog aangevuld worden met een omschrijving in de beide sets van algemene voorwaarden van wat als (daadwerkelijk) opgemerkt moet worden beschouwd: gebreken die niet schriftelijk zijn meegedeeld aan de aannemer zijn niet (daadwerkelijk) opgemerkt. Op deze manier wordt de discussie over wat onderkend is, net als de discussie omtrent de vraag wat een verborgen gebrek is, afgekappt.

- 3) Deze wijziging kan/dient aangevuld (te) worden met een verborgen gebreken verzekering waarin voorzien is in uitputtende controles en waarbij goed rekening wordt gehouden met de mogelijke negatieve invloed van een verzekering op het goed (willen) presteren door degene wiens werk onderwerp van verzekering is (vergelijk de kritische opmerkingen naar aanleiding van het Franse stelsel van Gambon). Voorts zal bij een verzekeringsstelsel rekening gehouden moeten worden met hetgeen in Hoofdstuk 1 is opgemerkt in het daar aangehaalde rapport Evenwichtskunst van de WRR.
- 4) De positie van de opdrachtgever van een bouwwerk is voorts te verbeteren door te komen tot een stelsel van wettelijke hoofdelijkheid vergelijkbaar met het Franse stelsel.
- 5) De positie van de opdrachtgever van een bouwwerk is te verbeteren door aan het huidige stelsel van aansprakelijkheid een stelsel van garantie- en waarborgregelingen te verbinden, zoals dat bestaat in de consumentenwoningbouw.
- 6) De positie van de opdrachtgever van een bouwwerk is te verbeteren door de beperking van de aansprakelijkheid na oplevering (de beperking tot aansprakelijkheid voor verborgen gebreken) a) af te schaffen en b) uit te sluiten,

dat aan toezicht consequenties inzake aansprakelijkheid worden verbonden; vergelijk daartoe de regeling in de PELSC.

Met het oog op het verkrijgen van draagvlak kan betoogd worden dat het in het algemeen aanbeveling verdient die wijzigingsvoorstellen te doen, die het dichtst bij de huidige regelingen liggen. De suggesties gedaan onder 1 en 2 knopen aan bij het huidige systeem van aansprakelijkheid, dat maakt deze mogelijk makkelijker aanvaardbaar. Het voorstel inzake de verzekering en de garanties is al bekend in deelgebieden in de bouw.

Het voorstel onder nummer 6 gaat een stap verder en zal moeilijker op brede instemming kunnen rusten van de markt en andere betrokkenen.

Daar staat tegenover dat het de wens van de Kamer is om te komen tot een verbetering van de positie van de opdrachtgever. Die verbetering wordt in aanzienlijke mate bewerkstelligd door de suggesties gedaan onder 1 tot en met 4.

c) Aanbevelingen voor verder onderzoek

- 1) De vraag kan worden gesteld of een opdrachtnemer ten tijde van de oplevering daadwerkelijk verplicht is tot het doen van onderzoek naar het bouwwerk. Deze verplichting is van belang met het oog op het verweer dat een aannemer kan voeren inzake tekortkomingen die de opdrachtgever had moeten ontdekken. Het verdient aanbeveling in het kader van het verbeteren van de positie van de opdrachtnemer te onderzoeken of een dergelijke verplichting wel voortvloeit uit de wet en zo dat het geval is verdient het aanbeveling te onderzoeken of deze verplichting geschrapt zou dienen te worden.
- 2) Onderzocht zou kunnen worden hoe betrokkenen aan kijken tegen een dwingendrechtelijke regeling van een van de hiervoor gedane voorstellen. Het BW is thans aanvullendrechtelijk van aard.
- 3) De aansprakelijkheid van adviseurs onder de DNR 2011 (2005) is beperkt. De reden dat dit het geval is, is dat verzekering van een grotere omvang van de aansprakelijkheid niet mogelijk is. Het verdient aanbeveling naar die stelling onderzoek te doen en indien onderzoek uitwijst dat de stelling juist is of daar een oplossing voor denkbaar is.
- 4) Het Franse stelsel kent automatische hoofdelijkheid in geval van een verborgen gebrek. Overwogen kan worden of een dergelijk systeem in Nederland navolging verdient.
- 5) Alle wijzigingen zullen door de markt als ingrijpend worden ervaren: een breed overleg is dan ook noodzakelijk alvorens tot aanpassing van het BW wordt overgegaan. Eenzijdige aanpassing van de genoemde algemene voorwaarden wordt ontraden om dezelfde reden.

1. INLEIDING

1.1 DE OPDRACHT AAN HET INSTITUUT VOOR HET BOUWRECHT

1. De vraag van het Ministerie

Bij schrijven d.d. 25 juni 2012 is door het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan het Instituut voor Bouwrecht verzocht om een offerte uit te brengen in het kader van onderzoek op welke wijze een nieuw stelsel van bouwtoezicht vormgegeven kan worden. De onderzoeksvraag, aldus het schrijven, bestaat uit twee delen, waarbij dit memo in eerste instantie betrekking heeft op het eerste deel: de juridische gevolgen van een Dekker stelsel op basis van risicoaansprakelijkheid. Afhankelijk van het antwoord op deze vraag zal de tweede vraag – hoe kan een dergelijk stelsel worden vormgegeven – door BZK zelf dan wel met hulp van derden worden ingevuld.

In het schrijven van het Ministerie worden 6 onderzoeksvragen geformuleerd en aan het Instituut voor Bouwrecht wordt gevraagd aan te geven op welke wijze deze vragen worden opgepakt en welke personen het onderzoek zullen uitvoeren.

In deze offerte wordt op deze vragen ingegaan in paragraaf 2. In paragraaf 3 wordt op de praktisch aspecten van het onderzoek ingegaan: wie zullen er aan werken, er wordt een schatting gegeven van de met de beantwoording gemoeide tijd en kosten en tot slot wordt een tijdpad uiteengezet.

2. De vragen die beantwoord dienen te worden

Voorafgaande aan de beantwoording van de vragen wordt in navolging van het schrijven van het Ministerie opgemerkt dat de beantwoording vooral privaatrechtelijk van aard is. Het onderzoek, zo wordt hier eveneens gelijk vermeld, zal zijn een bureau onderzoek, waarbij zal worden voorzien in overleg met de Klankbordgroep, waarvan aangenomen wordt dat deze door de Opdrachtgever wordt samengesteld. Het lijkt wenselijk een drietal keren met de Klankbordgroep bijeen te komen: aan het begin, halverwege en ter bespreking van het concept eindrapport. Gezien de gewenste opleverdatum van het rapport zal het bij deze drie bijeenkomsten blijven.

1. Onderschrijft opdrachtnemer de conclusies en aanbevelingen uit het onderzoek van Helsloot? Welke opmerkingen, aanvullingen en kanttekeningen zijn hierbij te maken?

Het concept rapport van Helsloot is bij het Instituut voor Bouwrecht bekend. Het definitieve rapport is op dit moment nog niet bekend. De onderzoekers hebben zich, zoals bekend is bij Uw Ministerie, in het verleden inhoudelijk uitgelaten over het rapport; dit betrof met name de onderbouwing van de conclusies en aanbevelingen. In het uit te voeren onderzoek zal het rapport van Helsloot niet opnieuw integraal worden becommentarieerd. Het gaat in het onderzoek om een (nadere) juridische duiding van het gestelde in de conclusies en aanbevelingen.

2. Welke modellen zijn naar de mening van opdrachtnemer kansrijk voor verdere uitwerking. Op voorstel van opdrachtnemer beziet BZK of alle modellen moeten worden meegenomen. Op voorhand wordt uitgegaan van de modellen 4 en 5 maar wellicht is ook uitwerking van andere modellen raadzaam.

De modellen in het rapport van Helsloot genoemd, zijn bekende modellen in de wereld van het moderne toezicht. In het onderzoek zullen de modellen op hun juridische merites worden beoordeeld:

- wat betekenen zij juridisch in de vorm zoals door Helsloot voorgesteld;
- hoe verhouden zij zich tot bestaande al dan niet dwingendrechtelijke wettelijke regelgeving;
- in hoeverre is sprake van mogelijke belemmeringen, voortvloeiend uit communautaire regelgeving;
- wat kan in dit verband worden geleerd van stelsel in enkele andere landen;
- hoe verhouden zij zich tot algemene voorwaarden die veel worden gebruikt in de bouw;
- hoe juridisch realistisch is het te veronderstellen dat eventuele wijzigingen van regelgeving zoals het Burgerlijk Wetboek en de algemene voorwaarden (waarvan de belangrijkste, de UAV 2012 zojuist zijn ingevoerd) doorgevoerd zouden kunnen worden?
- Dezerzijds wordt het raadzaam geacht een keus voor een of meer bepaalde modellen in dit stadium van de voorbereiding van besluitvorming nog niet te maken. Ten behoeve van de besluitvorming is van belang dat de juridische haalbaarheid en mogelijke vormgeving verkend wordt. Men kan dat doen in een zeer uitvoerige studie, maar gegeven het aspect van de tijd is dat niet aan de orde. Wat evenwel wel mogelijk is met het oog op de tijd, is om alle stelsels mee te nemen in deze verkennende fase waarbij het Instituut in staat zal zijn een degelijke grondslag basis voor de nadere besluitvorming te formuleren.

3. Is het zinvol om alle genoemde stelsels mee te nemen in een verdere uitwerking?

Op voorstel van opdrachtnemer wordt in gezamenlijk overleg besloten a) of wordt uitgegaan van de 5 genoemde stelsels of b) dat een andere combinatie wordt gemaakt. Hierbij valt te denken aan de verplichte verzekering voor bouwwerken in combinatie met een inhoudelijke component (erkenningregeling / certificatie gericht op voldoen aan de voorschriften).

Het antwoord op deze vraag vereist eerst een antwoord op de vorige vraag. Of een nadere uitwerking toegespitst op een model of een combinatie van enkele modellen opportuun is na de fase van het formuleren van het antwoord op vraag 2 is thans nog niet met zekerheid aan te geven. Het antwoord op vraag 2 zal daartoe de basis moeten vormen. Dit is een vraag die in nauw overleg met de Opdrachtgever (de Klankbordgroep) dient te worden beantwoord.

4. Wat is het effect op het (juridisch) handelen van private partijen bij invoering van de genoemde stelsels? Welke aanpassingen in het private domein (contractvormen etc.) zijn te verwachten en op welke wijze kunnen negatieve en onbedoelde effecten worden voorkomen?

Bij deze vraag dient voorop te staan, dat de onderzoekers van het Instituut voor Bouwrecht juristen zijn. Voor zover er een empirisch/sociologisch/gedragswetenschappelijk aspect aan de vraag zit, moet het Instituut pas op de plaats maken. De vraag wordt evenwel zo begrepen dat het gaat om effecten in juridische zin. Dus: leidt de keuze voor de verschillende modellen tot neutralisering van het gewenste effect doordat bijvoorbeeld in algemene voorwaarden of in de overeenkomst contractueel een ander regime wordt overeengekomen. Om deze effecten te kunnen inschatten is kennis van de mogelijkheden van het contractenrecht aan de orde, uiteraard aanwezig bij de onderzoekers. Het komt er op aan om het nieuwe denken op het gebied van het regelen van toezicht zo effectief mogelijk ook te

verankeren in het privaatrecht of negatiever gesteld: onder ogen moet worden gezien of het contractenrecht het mogelijk maakt om de gewenste effecten te neutraliseren en zo die vraag bevestigend beantwoord wordt, welke remedies zijn daar eventueel tegen in te zetten?

5. Op welke wijze zouden de genoemde stelsels kunnen worden uitgewerkt?

Rekening houdend met de antwoorden op de eerdere vragen, wordt een beschrijving van de mogelijkheden op dit gebied ter ondersteuning van verdere beleidskeuzen gevraagd. Van belang hierbij zijn onder meer de keuze tussen privaatrecht of publiekrecht als 'drager' voor het nieuwe stelsel.

Deze vraag wordt zo begrepen gezien de gewenste opleverdatum van het rapport en daarmee de beschikbare tijd, dat hier bedoeld wordt op een beschrijving op hoofdlijnen, maar nog niet uitgewerkt tot het niveau van concrete voorzetten voor regelgeving. Er zal ook op de hoofdlijnen instemming van de beleidsmakers moeten zijn. De combinatie van kennis van het privaatrecht en het publiekrecht van de onderzoekers maakt dat deze vraag in de volle breedte onderzocht kan worden.

6. Welke overige aspecten zijn naar de mening van opdrachtnemer van belang bij de verdere uitwerking van het nieuwe stelsel?

Het antwoord op deze vraag kan eerst gegeven worden, nadat de onderzoekers de vragen 1 tot en met 5 hebben beantwoord. Bij de uitvoering van het onderzoek is voorts van belang dat een adequate afstemming plaatsvindt met een onderzoek dat het Ministerie van I&M (contactpersoon: Jan Teekens) met betrekking tot de meer publiekrechtelijke aspecten van een herzien toezichtstelsel heeft geïnitieerd. De in dat kader gegeven opdracht is bij het IBR bekend. Afstemming van beide onderzoeken is overigens een primaire verantwoordelijkheid van de beide Ministeries.

Opmerking verdient dat de gestelde vragen open vragen zijn, die ook een onderzoek van vele maanden zouden kunnen vergen. Die tijd is er evenwel niet. Dezerzijds wordt er daarom aan gehecht om er op te wijzen, dat beantwoording van de vragen zich vooral op de hoofdlijnen zal richten.

3. De aanpassing van de onderzoeksvragen

De onderzoeksvragen zijn op 17 september 2012 besproken met de Klankbordgroep⁶ en is naar aanleiding van dat onderzoek en een eerste verkenning van het te onderzoeken terrein als volgt aangepast:

'4. Het onderzoeksonderwerp leek zich te gaan richten op de in het rapport van het Crisislab beschreven Dekkerstelsels 4 en 5, waarvoor in dat rapport een voorkeur is uitgesproken. Maar voortschrijdend inzicht aan de zijde van de onderzoekers en de uitkomst van het gesprek op 17 september maken dat dat niet de voor de hand liggende keuze zou zijn. In het rapport van het Crisislab worden impliciet twee vragen beantwoord: (a) hoe kan de aanbeveling van de Cie Dekker ten aanzien van de privatisering van het bouwtoezicht worden uitgewerkt en (b) in hoeverre kan borging van bouwkwaliteit worden verbeterd door wijziging van de huidige verdeling van aansprakelijkheid in de bouw. Ook de aanbeveling van de Cie. Dekker heeft overigens als achtergrond het zoeken van een betere borging van bouwkwaliteit. In de stelsels die in het rapport van het Crisislab worden onderscheiden, wordt soms antwoord op beide vragen

⁶ Waarin zitting hadden: Tjitske de Haas (BZK), Anneke de Jong (BZK), Huub van Scherpenseel (BZK), Bart Dunsbergen (BZK), Henk van Vulpen (BZK), Hajé van Egmond (BZK) en Rachida Ahraoui.

gegeven, zonder dat dit duidelijk wordt. Voor een verantwoorde juridische duiding van de problematiek is het echter essentieel dat beide vragen helder worden gescheiden. De beschreven stelsels zijn namelijk wel te onderscheiden in theorie, maar in de praktijk niet makkelijk te scheiden. Een eenvoudig voorbeeld laat dat zien: stel dat ingezet zou worden op stelsel 1, dan laat dat onverlet dat het aansprakelijkheidsregime zoals dat voortvloeit uit het burgerlijk wetboek en o.a. zijn weg heeft gevonden naar contractuele regelingen gewoon in tact blijft. De keus kan niet zijn welk Dekkerstelsel zou men kunnen kiezen en wat betekent dat privaatrechtelijk. Nee het onderwerp van het onderzoek is: gegeven dat voor een duaal stelsel van preventief toezicht wordt gekozen, wat betekent dat in termen van het privaatrecht. Daarbij komen alle elementen/stelsels die door het CrisisLab zijn besproken in beeld (dat zijn als het ware de knoppen waaraan een regelgever kan gaan draaien). Wat men met deze 'knoppen' zou willen regelen, dient onderzocht te worden op de vertaling naar en de mogelijkheden in het privaatrecht.

Als overkoepelende term voor het onderzoek dat thans door het IBR zal worden uitgevoerd, is daarom de titel: 'Naar een betere borging van de bouwkwaliteit'. Daaronder zal het onderzoek via twee lijnen worden uitgevoerd: (1) gegeven dat – met het oog op een betere borging - voor een vooralsnog⁷ duaal stelsel van preventief toezicht wordt gekozen: wat betekent dat in termen van het privaatrecht (daarbij komt met name certificering aan de orde) en (2) zou de bouwkwaliteit beter kunnen worden gewaarborgd door wijzigingen aan te brengen in bestaande wettelijke regeling van de aansprakelijkheid in het privaatrechtelijk bouwrecht, naar de bestaande algemene voorwaarden, de consumentenregeling voor nieuwbouwwoningen. En wat zou een en ander betekenen voor de verschillende mogelijkheden van verzekeringen?.

Praktisch betekent het voorgaande het volgende:

- het onderzoek richt zich op het toezicht tot en met de oplevering en niet op de periode die daarop volgt.
- Het onderzoek richt zich op de toetsing aan alle voorschriften die in het Bouwbesluit zijn vervat (dus niet alleen wat betreft de normen op het gebied van constructieve veiligheid), met uitzondering van de voorschriften inzake het gebruik.
- De andere aspecten waaraan bouwplannen worden getoetst (welstand, planologie (bestemmingsplan) en hinder derden) blijven buiten beschouwing.

1.2 DE OPZET VAN HET RAPPORT

De opzet van dit rapport is als volgt: in hoofdstuk 2 wordt de eerste onderzoeksvraag behandeld: hoe kan de aanbeveling van de Commissie Dekker ten aanzien van de privatisering van het bouwtoezicht worden uitgewerkt en in hoofdstuk 3 de tweede onderzoeksvraag: in hoeverre kan borging van bouwkwaliteit worden verbeterd door wijziging van de huidige verdeling van aansprakelijkheid in de bouw.

In het onderzoek zal gekeken worden naar de bestaande wettelijke regeling van de aansprakelijkheid in het privaatrechtelijk bouwrecht, naar de bestaande algemene

⁷ Het is immers nu de bedoeling om met een duaal stelsel te experimenteren en pas over 3 jaar te beslissen wat wenselijk is, duaal of alleen privaat uitgeoefend toezicht of alleen publiek uitgeoefend toezicht.

voorwaarden en de consumentenregeling voor nieuwbouwwoningen. Onderzocht wordt of daar wijzigingen realiter zijn door te voeren en waaruit die zouden kunnen bestaan. Daarnaast wordt onderzocht in hoeverre systemen van certificering zoals door het Crisislab beschreven privaatrechtelijk gerealiseerd kunnen worden.

De beide hoofdstukken hebben derhalve als vertrekpunt de huidige regelgeving, waarna de vraag onder ogen wordt gezien welke juridische voorzieningen te treffen zijn om de consequentie van het verlaten van het oude systeem van de preventieve toets op te vangen opdat de kaderstellende regels gericht op publiekrechtelijke waarborgen voor essentiële maatschappelijke waarden, zoals veiligheid, gezondheid en duurzaamheid nageleefd worden.⁸

In de hoofdstukken 2 en 3 wordt afgesloten met aanbevelingen.

1.3 RAPPORT VAN DE WRR: EVENWICHTSKUNST

Eind 2011 verscheen het rapport Evenwichtskunst over de verdeling van verantwoordelijkheid voor fysieke veiligheid van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid. Deze publicatie bevat adviezen aan de regering, waarvan de onderzoekers menen dat deze van grote relevantie zijn voor het onderhavige onderwerp en waar zij met instemming naar verwijzen. Een paar aspecten worden uit dit rapport gelicht.

Aan de onderhavige opdracht ligt het streven ten grondslag te komen tot een nieuw stelsel van regelgeving. Het is niet in het belang van de overheid noch van de justitiabelen indien het nieuwe regelstelsel al snel zou blijken niet te voldoen. Dit zou zich voor kunnen doen indien de nieuwe regelgeving bijvoorbeeld niet zou voldoen aan Europeesrechtelijke kaders. Maar ook indien zich zodanig incidenten in de bouwpraktijk voordoen, dat geroepen gaat worden, dat deze zich voor konden doen doordat het stelsel gewijzigd is en wat weer als effect kan hebben dat de politiek verantwoordelijken zich geroepen voelen om het stelsel weer te wijzigen door bijvoorbeeld weer meer toezicht van overheidswege in te voeren.⁹ Het stelsel dat in de plaats komt van het huidige stelsel dient met andere woorden een zekere toekomstbestendigheid te hebben. In dit verband wordt verwezen naar wat door de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid is opgemerkt in het al genoemde rapport uit 2011¹⁰:

‘De aandacht wordt verlegd en verbreed naar het doel van beleid (veiligheid) en de wijze waarop dat doel gerealiseerd kan worden (een evenwichtige verantwoordelijkheidsverdeling). Hoe kan de overheid de verantwoordelijkheid voor fysieke veiligheid die haar toekomt, zowel vanwege juridische verplichtingen als vanwege de behoefte aan collectieve arrangementen, invullen? Hoe kan zij er tegelijkertijd voor zorgen dat ook burgers en bedrijven hun verantwoordelijkheid (kunnen) nemen? Het zwaartepunt wordt dan verlegd

⁸ Zie voor dit laatste het Privaat wat kan, publiek wat moet, Vertrouwen en verantwoordelijkheid in het Bouwproces van de Commissie Fundamentele Verkenning Bouw uit 2008, het zogenoemde Dekkerrapport.

⁹ Dit gevaar is wellicht niet zo groot als op het eerste gezicht gedacht zou kunnen worden. Zie bijvoorbeeld wat in het genoemde WRR rapport op p. 25 wordt opgemerkt: de algemene teneur van crisisevaluaties lijkt te zijn dat volstaan kan worden met het goed handhaven van de bestaande regels en dat nieuwe regels niet nodig zijn. Mocht na invoering van een nieuw stelsel ter vervanging van de huidige preventieve toets de roep om meer toezicht vernomen worden, dan zal voor een passende reactie daarop (passend: met het oog op het willen handhaven van het nieuwe stelsel met juist minder overheidstoezicht) veel afhangen van de degelijkheid van het nieuwe stelsel.

¹⁰ Ibid, p. 29.

naar risico's en onzekerheid als aangrijpingspunt voor het nadenken over fysieke veiligheid en (overheids)verantwoordelijkheid.'

Wat de juridische vormgeving van dit nieuwe stelsel betreft, dient het onderwerp dan ook van verschillende kanten bekeken te worden. De onderzoekers hebben met oog daarop gepoogd zich rekenschap te geven van de verschillende aspecten die aan preventief bouwtoezicht zitten met inachtneming van met name de ontwikkelingen op het gebied van certificering, kwaliteitszorg- en kwaliteitsmonitoring, Europeesrechtelijke relevante ontwikkelingen en het algemene bouwcontractrechtelijke denken over aansprakelijkheid en risicoverdeling.

De vervanging van het huidige stelsel zal door justitiabelen mogelijk als een vergroting van onzekerheid omtrent bouwkwaliteit worden beschouwd. De risico's waar het evenwel om gaat bij de preventieve toets, die dus komt te vervallen, zijn voor een deel bekend. In het rapport van de WRR wordt over bekende risico's het volgende opgemerkt¹¹:

'Omgaan met onzekerheid

In de Omgevingswet zal, binnen de ruimte die de Europese wet- en regelgeving daartoe biedt, een balans gezocht worden tussen specifieke gedetailleerde regels (doel- of middelvoorschriften) en meer algemene regulering, zoals zorgplichten en open normen. Het gebruik van zorgplichten en open normen komt voort uit de wens naar minder regels, minder administratieve lasten en meer vrijheid voor de uitvoerder. In het zoeken naar een balans lijkt het onderscheid tussen risico's en onzekerheid relevant.

Als de bedreigingen van de fysieke veiligheid voldoende bekend en onbetwist zijn en het duidelijk is wat de meest effectieve manieren van risicomanagement zijn, dan zijn specifieke voorschriften mogelijk. In het midden- en kleinbedrijf bestaat dikwijls een voorkeur voor gedetailleerde regels, zodat ondernemers weten waar ze aan toe zijn. Wij willen graag onderstrepen dat risicoregulering ook een vorm van kennisoverdracht naar bedrijven is. Idealiter zijn regels 'gestolde ervaring', waardoor ondernemers niet allemaal individueel in de benodigde kennis hoeven te investeren. Wet- en regelgeving ten aanzien van risico's moet dus niet per definitie in de sleutel van lastendruk worden geplaatst, want deze kan voor bedrijven juist ook tot lastenverlichting leiden.

Waar voor risico's de zorgplicht kan functioneren als aanvullend vangnet onder specifieke wet- en regelgeving, is de zorgplicht bij onzekerheid het vertrekpunt. In geval van onzekerheid is er fundamentele twijfel over de noodzaak, de kaders en de aangrijpingspunten van beleid (zie hoofdstuk 1). Kennisproblemen en waardeconflicten verhinderen het opstellen van gedetailleerde regels. Onzekerheid vraagt dus om andere vormen van regelgeving en toezicht. Een wettelijk verankerde zorgplicht kan een manier zijn om via wet- en regelgeving het bedrijfsleven te verplichten verantwoordelijkheid te nemen voor onzekerheid: ondernemers plukken de vruchten van de goede kansen en hebben vaak het meeste zicht op de kwade kansen (of kunnen dat hebben). Dat impliceert een omkering van de bewijslast: bedrijven moeten aantonen dat zij verantwoord te werk gaan, de overheid hoeft niet langer gevaar voor fysieke veiligheid aan te tonen. Een zorgplicht is met andere woorden niet in de eerste plaats een manier om lasten te verminderen. Het is een belangrijk vertrekpunt voor (het nadenken over) het toedelen en beleggen van de verantwoordelijkheid voor onzekerheid.'

¹¹ P. 45/46.

De onderzoekers verbinden aan deze opmerking de conclusie dat in het nieuwe stelsel rekening gehouden wordt met de behoefte aan zekerheid omtrent regelgeving en omtrent het toezicht op de naleving van deze regelgeving, maar dat het toezicht op de naleving van regelgeving niet per se door de overheid hoeft te plaats te vinden. Stelsels van certificering en het formuleren van een afdwingbare basis daarvan in bijvoorbeeld algemene voorwaarden zijn vormen die deze zekerheid omtrent het toezicht op de naleving van (door de overheid gestelde regels) kunnen bieden.

Ook hetgeen over structurele onderzoeksplichten wordt opgemerkt, achten de onderzoekers van groot belang bij hun verkenning naar alternatieven voor het huidige stelsel:¹²

‘Het vraagt ook om onzekerheidsacceptatie door bedrijven. Een onzekerheidsintolerante invulling van de structurele onderzoeksplicht (hear no evil, see no evil) is niet denkbeeldig (Van Asselt en Vos 2008), maar staat haaks op wat wij verstaan onder proactiviteit. Dit betekent dat nagedacht moet worden hoe de structurele onderzoeksplicht voor bedrijven zo te organiseren dat deze bijdraagt aan een maatschappelijk verantwoorde omgang met onzekerheid. Nilsson (2011), die een rechtsvergelijkend proefschrift schreef over de handhaving van informatie- en onderzoeksverantwoordelijkheden in situaties van onzekerheid, concludeert dat de Zweedse milieucode (Miljöbalken) voorop loopt: in Zweden hebben risiconemende partijen een structurele onderzoeksplicht en moeten zij laten zien dat ze die opvolgen. De bewijslast ligt dus bij hen. Nilsson heeft onderzocht hoe deze verplichtingen voor het omgaan met onzekerheid gehandhaafd worden. Zij concludeert dat ook als de onderzoekslast grotendeels bij de risiconemende partijen wordt gelegd, het belangrijk is dat de overheid, bijvoorbeeld gevoed door onafhankelijk wetenschappelijk onderzoek, zelf ook mogelijke gevaren identificeert, zodat ze bedrijven kan sommeren die te onderzoeken. Ze stelt evenwichtskunst ook een meer communicatieve stap-voor-stap benadering voor, waarbij risiconemende partijen eerst om basale informatie wordt gevraagd, en pas als die in de richting wijst van mogelijk gevaar, om extra informatie wordt gevraagd, enzovoorts. Daarnaast oppert Nilsson de mogelijkheid om bij voortschrijdende aanwijzingen over kwade kansen, de risiconemende partijen zelf te vragen welke maatregelen zij zouden willen treffen of waarvan ze zouden willen dat die sectorbreed getroffen worden.’

De onderzoekers is evenmin ontgaan wat in het WRR rapport wordt opgemerkt¹³ inzake verzekeraarbaarheid:

‘(On)verzekeraarbaarheid is geen natuurwet, maar de uitkomst van onderhandeling. Het vergroten van de verzekeraarbaarheid vergt meestal een samenspel van verzekeraars, herverzekeraars en de overheid en de bereidheid of solidariteit van burgers en bedrijven om zich te verzekeren.’

Maar al te vaak wordt immers als argument tegen een uitgebreidere aansprakelijkheid vernomen dat dit niet te verzekeren is. Het spreekt voor zich dat de opvatting van de WRR een plaats krijgt in de bespreking van de verschillende privaatrechtelijke mogelijkheden die de plaats van het huidige toezicht mogelijk in kunnen nemen.

¹² Ibid. p. 47/48.

¹³ Ibid. p. 60.

In het verlengde van wat zojuist is opgemerkt, moet ook het volgende gezien worden, betreffende de rol van verzekeraars en financiers¹⁴:

‘Verzekeraars en kapitaalverschaffers

Hier ligt mogelijk ook een rol voor de financiële sector. Verzekeraars en kredietverstrekkers hebben baat bij schadevrije bedrijven en zijn niet gebaat bij faillissementen door ongedekte schade. Hoe kunnen de financiële waarborgen meer in overeenstemming worden gebracht met de mogelijke bedreigingen voor de fysieke veiligheid en de potentiële schade? Maken verzekeraars voldoende gebruik van hun mogelijkheden (zoals inspecties, polisvoorwaarden en premieverhogingen of -verlagingen) om preventie, risicobeheersing en proactief omgaan met onzekerheid te bevorderen (Havinga 2010)? Wat kan de rol van kredietverstrekkers zijn, die nu al vaak verplichtingen tot schade- en aansprakelijkheidsverzekeringen opleggen? Hoe kunnen verzekeraars in het behartigen van fysieke veiligheid als publiek belang worden gefaciliteerd? Is een zorgplicht voor verzekeraars wenselijk? Op dit moment is in Nederland de rol van verzekeraars bij schade- en aansprakelijkheidsverzekeringen op basis van wet- en regelgeving beperkt, o.a. vanwege vrijstellingen in de Wet op het financieel toezicht (Wft). De optimistische aanname van de wetgever lijkt te zijn geweest dat dergelijke verzekeringen relatief eenvoudige producten zijn en dat bedrijven voldoende kennis hebben over (grote) risico's om zich adequaat te verzekeren. De zorgplicht zou ook gemodelleerd kunnen worden naar Duitse snit. In Duitsland zijn verzekeraars (en tussenpersonen) sinds een aantal jaren bij wet verplicht bedrijven te adviseren over de verzekerde som en dekking: ze moeten wijzen op gaten in de dekking. Als deze bedrijven zich baseren op dat advies en er doet zich ongedekte schade voor, dan kunnen ze daarvoor de verzekeraars aansprakelijk stellen. De verzekeringsbranche heeft zo een serieuze prikkel om proactief risico's en onzekerheden te analyseren en de daarvoor benodigde expertise op te bouwen. Bedrijven op hun beurt hebben de verplichting de verzekeraars adequaat te informeren over hun activiteiten.’

De onderzoekers zullen met name in hoofdstuk 3 uitgebreid toekomen aan het verzekeringsstelsel zoals dat hier te lande al bekend is in de bouw: de verzekering van de consumenten bouw tegen gebreken en insolventie en de verzekerde garantie zoals die in gebruik is bij ProRail.

Het rapport van de WRR besteedt expliciet aandacht wat inzake risico's omtrent fysieke veiligheid van de overheid verwacht kan worden¹⁵:

‘De overheid kan risiconemende partijen verplichten tot schadevoorziening, bijvoorbeeld door verplichtingen in de vergunning, een verplichte aansprakelijkheidsverzekering, langs de lijn van bestuurders- of aandeelhoudersaansprakelijkheid, het instellen van bestuurlijke boetes of de verplichting te participeren in een schadewaarborgfonds. Hiernaast kan de overheid sturen op het internaliseren van het eigen verantwoordelijkheidsgevoel in het bedrijfsleven.

Kan een op vertrouwen gebaseerd inspectieregime, zoals de praktijk van handavingsconvenanten in de verkeers- en vervoerssector en de ‘inspectievakanties’ die in het Programma Regeldruk Bedrijven (2011-2015) zijn opgenomen, hieraan bijdragen? In een gecombineerd regime is het volgens Six (2011) van belang dat de overheid de boodschap uitdraagt dat bedrijven een

¹⁴ Ibid. p. 65/66.

¹⁵ Ibid. p. 68/69.

keus hebben: hoe ze worden behandeld is het gevolg van hun eigen gedrag. Dat zou bedrijven een prikkel geven om vrijwillig verantwoordelijkheid te nemen, zo stelt ook VNO-NCW e.a. (2011).

Verantwoordelijkheid voor vergunningverlening, onderhoud, handhaving en toezicht

De overheid is ook verantwoordelijk voor vergunningverlening, onderhoud, handhaving en toezicht. Zij weegt in deze hoedanigheden ook zelf de goede en kwade kansen af en dient als operationeel verantwoordelijke partij ook na te denken over het omgaan met onzekere gevaren en schadevoorziening (zie Onzekere Veiligheid voor een nadere bespreking hiervan).

Door middel van vergunningverlening, handhaving en toezicht kan de overheid de potentiële schadeveroorzakers tot verantwoordelijk gedrag en schadevoorziening verleiden, aanzetten of dwingen. Overheden kunnen in de vergunningverlening ook de reputatie van het betreffende bedrijf mee nemen: bij een slecht 'track record' op het terrein van fysieke veiligheid of tekenen van free ridership kan een vergunning geweigerd worden of kunnen aanvullende voorwaarden ten aanzien van schadevoorziening worden gesteld. Bij bedrijven waar het schort aan veiligheidscultuur en schadevoorziening kunnen ze harder optreden, wetende dat in die gevallen de weg van aansprakelijkheid immers geen soelaas zal bieden bij eventuele schade (zie ook hoofdstuk 2, waarin werd aangegeven dat in evaluaties van incidenten de handhaving vaak als probleem wordt gezien).'

Ook in deze passages zitten aanknopingspunten en nadere onderbouwing voor de verschillende mogelijkheden die beschreven zullen worden in dit rapport.

2. PRIVATISERING VAN DE TAKEN VAN BOUW- EN WONINGTOEZICHT: NAAR PRIVATE BEOORDELING

In dit hoofdstuk worden allereerst enkele algemene opmerkingen gemaakt over de keuze voor private beoordeling (waaronder onder meer certificering moet worden verstaan). Vervolgens wordt ingegaan op de vervanging van overheidstoezicht door private beoordeling. Daarna wordt aandacht besteed aan een tweetal concrete stelsels van private beoordeling. Tot slot komen de praktische aspecten rond een stelsel van private beoordeling aan bod.

2.1 DE KEUZE VOOR PRIVATE BEOORDELING

Alvorens in de volgende paragrafen wordt ingegaan op de meer concrete vragen rond private beoordelingen als instrument voor kwaliteitsborging in de bouwsector ter vervanging van het gemeentelijk toezicht tot en met oplevering op naleving van het Bouwbesluit, komt hier een aantal algemene aspecten van private beoordeling aan de orde. Allereerst wordt de keuze voor private beoordeling in de context van de algemene ontwikkeling in het overheidstoezicht, het bouwtoezicht en het opdrachtgeverstoezicht geplaatst en wordt commentaar gegeven op die algemene ontwikkeling. Vervolgens wordt, hoewel de minister van Binnenlandse Zaken eind 2011 al de introductie van privaat toezicht op de naleving van het Bouwbesluit in een dual heeft aangekondigd¹⁶, ingegaan op de afweging om voor een stelsel van private beoordeling te kiezen, omdat de voor die afweging ontwikkelde instrumenten ook punten bevatten die voor de inrichting van een privaat beoordelingsstelsel van belang zijn. Deze paragraaf wordt afgesloten met een korte opsomming van enkele voor- en nadelen in algemene zin van zelfregulering en een eerste conclusie op basis van die algemene voor- en nadelen.

2.1.1 Private beoordeling: algemene ontwikkeling

De overheid heeft in het kader van de borging van het publieke belang de verplichting om onder meer op het gebied van bouwkwaliteit te zorgen voor een regelgevend kader en toezicht op de naleving van regelgeving.¹⁷ Deze verantwoordelijkheid van de overheid wordt ook wel stelselverantwoordelijkheid, systeemverantwoordelijkheid of indirecte verantwoordelijkheid genoemd.¹⁸ Het ministerie van Binnenlandse Zaken werkt inmiddels voorstellen uit die inhouden dat de regels gesteld blijven worden door de overheid maar dat het toezicht op de naleving van die regels buiten de overheid om gaat plaatsvinden. Dit (gedeeltelijk) privatiseren van het toezicht is mogelijk binnen de stelselverantwoordelijkheid van de overheid, omdat die verantwoordelijkheid van de overheid zich niet verzet tegen uitvoering van toezicht door private partijen. De

¹⁶ Kamerstukken II 2011/12, 28 325, nr. 146, p. 2.

¹⁷ Zie over het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) als juridische grondslag voor deze verplichting par. 3.3.3.

¹⁸ Van der Heijden 2009, p. 70, 106. Zie ook *Uitvoering met ambitie.nl. Het stelsel van vergunningverlening, toezicht en handhaving voor de Wabo*, <<http://www.uitvoeringmetambitie.nl/bestanden/stelselnotitie.pdf>>, p. 5. De vraag of en in hoeverre de overheid juridisch (op grond van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens) aangesproken kan worden op de invulling van deze verantwoordelijkheid komt aan de orde in par. 3.3.3.

stelselverantwoordelijkheid impliceert slechts een verantwoordelijkheid voor een adequaat stelsel van toezicht en niet dat het toezicht door de overheid zelf wordt uitgevoerd.

Het ministerie van Binnenlandse Zaken geeft met deze voorstellen uitwerking aan het rapport van de Commissie Dekker 'Privaat wat kan, publiek wat moet'. In dat rapport is geconcludeerd dat een stelsel waarin een publieke beoordeling van de naleving van het Bouwbesluit bestaat, te veel op twee gedachten hinkt, omdat het de aanvrager en later vergunninghouder is die formeel verantwoordelijk is voor de bouwkwaliteit.

De keuze voor private beoordelingen past bij recente ontwikkelingen die zich in het toezicht in andere sectoren, zoals de luchtvaart, de mijnsector, de vleesverwerkende industrie, de financiële sector, het onderwijs en de gezondheidszorg hebben voorgedaan.¹⁹ Veel overheidsinspecties of -toezichthouders zijn overgestapt op een vorm van toezicht die wordt aangeduid met 'horizontaal toezicht'²⁰ of 'systeemtoezicht'^{21,22} In deze vormen van toezicht²³ richt de overheid de toezichtactiviteiten meer op de systemen (en processen), die partijen die onder toezicht staan, gebruiken om de kwaliteit van hun producten en diensten te waarborgen en, afhankelijk van de uitkomst van die toetsen, minder op de producten of diensten die de partijen die onder toezicht staan produceren. De gedachte achter deze ontwikkeling is dat door aan te sluiten bij interne bedrijfsprocessen de naleving wordt verbeterd en de toezichtslasten afnemen.²⁴

De keuze voor private beoordelingen past bovendien in de historische ontwikkeling die het bouwtoezicht in Nederland heeft doorgemaakt. Van der Heijden onderscheidt drie

¹⁹ Deze sectoren worden door Helderma en Honingh genoemd als sectoren waarin een deel van het overheidstoezicht als systeemtoezicht omschreven kan worden. Zie J.K. Helderma en M. Honingh, *Bestuurswetenschappen* 2010, nr. 5, p. 25.

²⁰ Van der Heijden hanteert onder verwijzing naar Rouw & Schillemans 2005 de volgende definitie van horizontalisering: 'de totstandkoming van een horizontaal krachtenveld, met mechanismen van transparantie, sturing, verantwoording en feedback direct rond een dienst of instelling. Het gaat dan onder meer om onderlinge feedback van professionals, om benchmarks van instellingen en van afdelingen binnen één organisatie, om verantwoording aan partners in een keten en om verantwoording aan de afnemers van publieke diensten ofwel aan burgers.' Zie Van der Heijden 2009, p. 71. Zie voorts over de uitgangspunten van horizontaal toezicht zoals dat wordt uitgevoerd door de Belastingdienst de door de Belastingdienst opgestelde Leidraad *Horizontaal toezicht binnen de individuele klantbehandeling*, p. 7-8.

²¹ Helderma en Honingh hanteren de definitie die de Inspectieraad heeft gegeven voor systeemtoezicht: 'het toezicht waarbij de opzet, reikwijdte en werking van (kwaliteits)systemen en bedrijfsprocessen bij organisaties wordt vastgesteld. Dit door auditachtige onderzoeken met realitychecks uit te voeren.' Ze voegen daaraan onder verwijzing naar de Algemene Rekenkamer toe dat systeemtoezicht het verticale overheidstoezicht is dat gebruik maakt van interne borgingssystemen binnen organisaties of sectoren. Zie J.K. Helderma & M.E. Honingh, 'Conditie en werking van systeemtoezicht', *Bestuurswetenschappen* 2010, nr. 5, p. 20.

²² M.A. de Bree, 'Hoe landelijke inspectiediensten omgaan met systeemtoezicht', *Tijdschrift voor Toezicht* 2010, p. 53. Zie ook Van der Heijden 2009, p. 70-71. Zie ook de nota Vernieuwing Rijksdienst, p. 35: 'Zo zal bezien worden of een deel van de inspectiewerkzaamheden kan worden gedecentraliseerd of via bijvoorbeeld certificering of zelfregulering overgelaten aan de private sector.'

²³ De lezer moet er op bedacht zijn dat de terminologie die gehanteerd wordt om deze vormen van toezicht te omschrijven lijkt nog niet geheel uitgekristalliseerd. Er worden veel begrippen (systeemtoezicht, systeemtoetsen, systeemgericht toezicht, systeemcertificatie) gebruikt die op elkaar lijken en overlap vertonen. Systeemtoezicht, dat als een van de drie hoofdtypen van toezicht kan worden gezien (zie F. Mertens, *Inspecteren. Toezicht door inspecties*, Den Haag: SDU 2011, p. 98-106), omvat in de definitie van Helderma en Honingh niet alleen toezicht op kwaliteitssystemen, maar ook toezicht op bedrijfsprocessen en daarnaast realitychecks. In de benadering van Rijkswaterstaat, die later in deze subparagraaf wordt besproken, wordt onderscheid gemaakt tussen systeemtoetsen, procestoetsen en producttoetsen (een soort realitychecks). Als overkoepelend begrip gebruikt Rijkswaterstaat de term 'systeemgerichte contractbeheersing'. Ook bij certificatie komt een onderscheid tussen systeem, proces en product (en persoon) terug, zie daarover par. 2.2.2. De term 'horizontaal toezicht' of 'horizontalisering' wordt gebruikt door onder meer de Belastingdienst en betreft ook een vorm van toezicht waarbij kort gezegd de interne borgingssystemen van de belastingplichtige centraal staat en afhankelijk van die kwaliteit van de interne borgingssystemen aanvullende toezichtsactiviteiten worden uitgevoerd. Zie hierover Belastingdienst, *Leidraad Horizontaal toezicht binnen de individuele klantbehandeling*, 2010.

²⁴ Helderma & Honingh 2009, p. 26. Zie voor de kansen die systeemtoezicht biedt bijvoorbeeld ook A.B. Blomberg, 'Maatschappelijke ontwikkelingen in het toezicht op de milieuzorg bij bedrijven', p. 16, in M. de Bree & K. van Wingerde (red.), *Systeemtoezicht in de procesindustrie. Een symposiumverslag*, Erasmus Instituut Toezicht & Compliance, Rotterdam 2010.

periodes, waarvan hij de laatste markeert tussen 1982 en 2008.²⁵ Deze laatste periode kenmerkt zich volgens hem door een streven tot deregulering, terugtreden van de overheid en marktwerking.²⁶ Dit streven is onder meer tot uitdrukking gekomen in de introductie van het Bouwbesluit, waarin bouwtechnische voorschriften bijeen zijn gebracht en waarin veelvuldig wordt verwezen naar (privaatrechtelijke NEN-normen).²⁷ Een vervolgstap is dan om het publieke toezicht op de naleving van de bouwtechnische voorschriften zodanig aan te passen dat private partijen daarin een grotere rol krijgen.

Toezichtsvormen, waarin het kwaliteitssysteem van degene op wiens gedrag toezicht wordt gehouden een belangrijke plaats heeft, doen overigens niet alleen hun intrede in gebieden waar de overheid een inspecterende of toezichthoudende functie heeft, maar ook in situaties waarin de overheid optreedt als opdrachtgever²⁸ en vanuit die rol de kwaliteit van de werkzaamheden van opdrachtnemers wil beheersen.²⁹ Het toezicht van de hier genoemde overheidsopdrachtgevers beperkt zich echter niet tot systeemniveau (en procesniveau). In de door Rijkswaterstaat in de relatie met opdrachtnemers toegepaste 'systeemgerichte contractbeheersing', worden toetsen uitgevoerd op systeem-, proces- en productniveau. De systeemtoets wordt uitgevoerd op het systeem van projectmanagement van de opdrachtnemer.³⁰ De procestoets is gericht op 'de borging van de kritieke aspecten die binnen het werkproces van invloed zijn op het uiteindelijke resultaat'. Voorbeelden van een procestoets zijn het bijwonen/observeren van processen en het opvragen van beoordelingen van controles.³¹ De producttoets richt zich op de output van de opdrachtnemer. Er wordt door de opdrachtgever bijvoorbeeld een meting op een product uitgevoerd en vervolgens wordt het resultaat daarvan vergeleken met het meetresultaat van opdrachtnemer.³²

Commentaar

Bij de hierboven beschreven ontwikkeling van overheden en toezichthouders die meer afstand nemen van het toezicht passen relativerende opmerkingen. Allereerst kan de overheid wel afstand nemen van het toezicht, maar daarmee kan geen afstand worden gedaan van de reeds genoemde stelselverantwoordelijkheid van de overheid, die onder meer bestaat uit de verantwoordelijkheid voor de keuze van een bepaald organisatiemodel voor het handhaven van regelgeving.³³ Deze stelselverantwoordelijkheid verzet zich zoals gezegd niet tegen het inschakelen van private partijen bij de beoordeling of regelgeving wordt nageleefd, maar vereist wel dat het stelsel van privaat toezicht zodanig wordt ingericht dat het voldoende adequaat is. Relevant in deze context is voorts het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM); zie over de aansprakelijkheid op grond daarvan par. 3.3.3.

Een tweede punt is dat in de literatuur niet alleen aandacht wordt gevraagd voor de besparingen, maar ook voor de kosten die systeemtoezicht³⁴ meebrengt.³⁵ Er moeten

²⁵ J. van der Heijden, *De voor- en nadelen van privatisering van het bouwtoezicht*, Den Haag: IBR 2009, p. 20-23. Van der Heijden beschrijft niet uitdrukkelijk dat de hiergenoemde ontwikkeling in 2008 is afgesloten, zodat wordt aangenomen dat het jaartal 2008 hier is genoemd omdat Van der Heijden zijn boek in of omstreeks dat jaar heeft geschreven of afgerond.

²⁶ Van der Heijden 2009, p. 22-23.

²⁷ Ibid.

²⁸ Zie voor een onderzoek in hoofdzaak gericht op toezicht door opdrachtgevers het IBR rapport *Contractbeheersing en toezicht*, 2011, <http://www.ibr.nl/templates/mercury.asp?page_id=1842> en het daarop gebaseerde artikel H.P.C.W. Strang, 'Methoden van contractbeheersing en toezicht', *TBR* 2012, p. 777-784.

²⁹ Zie Rijkswaterstaat, *Handreiking systeemgerichte contractbeheersing*, 2007 en Rijkswaterstaat, *Systeemgerichte Contractbeheersing Anno 2011*, 2011. Ook de Rijksgebouwendienst is voornemens (meer) gebruik te maken van toezicht op systeem- en/of procesniveau. Zie voor een onderzoek naar de effectiviteit van deze vorm van opdrachtgeverstoezicht R. Favié, *Quality monitoring in infrastructural Design-Build projects*, Eindhoven: Greve Offset 2010.

³⁰ Rijkswaterstaat, *Handreiking systeemgerichte contractbeheersing*, 2007, p. 15.

³¹ Ibid.

³² Ibid.

³³ Van der Heijden 2009, p. 70, 106.

³⁴ En dus ook een stelsel van private beoordeling, wanneer dit (gedeeltelijk) uit systeemtoezicht bestaat.

kosten gemaakt worden voor zowel ontwikkeling als onderhoud van het systeemtoezicht, waardoor zowel de systeemtoezichthouder (bij het ontwikkelen van nieuwe toezichtprocedures, het investeren in nieuwe competenties en het uitvoeren van realitychecks (aanvullend regulier toezicht)) als de partij waarop systeemtoezicht wordt gehouden (bij het onderhoud van interne borgingssystemen) extra kosten zal moeten maken.³⁶ Een in dit kader niet onbelangrijk punt is dat een stelsel van private beoordeling ook consequenties zal hebben voor de legesheffing door gemeenten. De legestarieven mogen immers voor een gemeente niet meer dan kostendekkend zijn, zodat de gemeente niet meer ontvangt aan leges dan het kwijt is aan kosten terzake.³⁷ Een vermindering van de toezichtslasten aan gemeentezijde zal dan ook als gevolg hebben dat de tarieven voor legesheffing omlaag zullen moeten gaan. Aan de hier genoemde kostenaspecten zal aandacht dienen te worden besteed bij de inrichting van een stelsel van private beoordeling, omdat het van invloed kan zijn op het draagvlak in de sector en de mate waarin gebruik zal worden gemaakt van het private spoor in een duaal stelsel.

Tot slot kan hier nog gewezen worden op onderzoek van Helderma en Honingh naar de vraag onder welke omstandigheden systeemtoezicht succesvol kan zijn.³⁸ Deze voorwaarden zijn samen te vatten onder twee noemers: de motivatie tot zelfregulering³⁹ en de kwaliteit van het interne borgingssysteem. De kwaliteit van het interne borgingssysteem is van belang omdat dat systeem een centrale rol speelt in het systeemtoezicht. Het systeemtoezicht richt zich immers in eerste instantie op het ontwerp en de werking van interne borgings- of kwaliteitssysteem van degene op wie toezicht wordt gehouden. De motivatie tot zelfregulering is van belang omdat bij een sterke motivatie daartoe, bijvoorbeeld indien degene op wie toezicht wordt gehouden een direct eigen belang heeft bij het voorkomen van een risico, de kans op effectieve interne borgingssystemen het grootst is.⁴⁰ De voorwaarden die uit het onderzoek van Helderma en Honingh naar voren komen, luiden als volgt:

De motivatie tot zelfregulering

- 'Mogelijkheden tot externaliseren van risico's'⁴¹: Als de negatieve effecten van risico's makkelijker zijn te externaliseren, neemt de prikkel tot zelfregulering af.
- Afstand tussen risiconemer en risico effecten: Als de afstand tussen de risiconemer en de effecten groter is, neemt de prikkel tot zelfregulering af.
- Complexiteit en inzichtelijkheid van de markt: Als de markt complexer is en minder transparant, neemt de motivatie tot zelfregulering af.
- Onderlinge (keten)afhankelijk van binnen het systeem: Als de (ervaren)ketenafhankelijkheid van en door actoren groter is, neemt de motivatie tot zelfregulering toe.⁴²

³⁵ Zie bijvoorbeeld Eijlander, Evers & Van Gestel, *Inkadering van certificatie en accreditatie*, 2003, p. 20, 58.

³⁶ M.E. Honingh & J.K. Helderma, 'Voor wie of wat is systeemtoezicht zinvol', *Tijdschrift voor toezicht* 2010/2, p. 20-21, F.C.M.A. Michiels, in: Michiels & Paul, 'Risicogestuurd toezicht en systeemtoezicht', *Tijdschrift voor toezicht* 2010/3, p. 74-78.

³⁷ J.G.E. Gieskes, p. 468, 470, in: M.A.M.C. van den Berg e.a. (red.), *Bouwrecht in kort bestek*, Den Haag: IBR 2010.

³⁸ J.K. Helderma & M.E. Honingh, *Systeemtoezicht. Een onderzoek naar de condities en werking van systeemtoezicht in zes sectoren*, WODC 2009.

³⁹ Met zelfregulering wordt in het onderzoek van Helderma en Honingh bedoeld op interne borgingssystemen, zie Helderma & Honingh 2009, p. 18-19.

⁴⁰ Helderma & Honingh 2009, p. 45.

⁴¹ Met de mogelijkheden tot het externaliseren van risico's wordt bedoeld op de mogelijkheden van de risiconemer om de negatieve effecten van het risico neer te laten slaan bij andere partijen dan de risiconemer.

De kwaliteit van het interne borgingssysteem

- 'Afbakening van het systeem: Wanneer een substantieel deel van het systeem buiten de reikwijdte van het interne borgingssysteem valt, neemt de bruikbaarheid van het borgingssysteem af.
- Interne organisatie van het borgingssysteem: Wanneer het borgingssysteem niet eenduidig en gezaghebbend is georganiseerd binnen de organisatie van de onder toezicht gestelde, neemt de betrouwbaarheid van het systeem af.
- Risico analyse en risico indicatoren: Als de discrepantie tussen risicoanalyse en indicatoren groter is, neemt de kans op schijnveiligheid toe en neemt de bruikbaarheid van het interne borgingssysteem af.
- Objectiverbaarheid van normen: Als normen beter zijn te objectiveren, neemt de kans op het gebruik van een intern borgingssysteem toe.'⁴³

Bij de inrichting van een stelsel van private beoordeling kunnen de hier genoemde voorwaarden van belang zijn, omdat een stelsel van private beoordeling waarschijnlijk voor een gedeelte zal bestaan uit systeemtoezicht en dus onder meer zal steunen op interne borgingssystemen bij de partijen (ontwerpers, aannemers, toezichthouders) die een functie in het bouwproces vervullen.

2.1.2 Afwegingskader

Hoewel de voorstellen die het ministerie van Binnenlandse Zaken thans uitwerkt al het uitgangspunt hebben dat de beoordeling van de naleving van het Bouwbesluit (gedeeltelijk) bij private partijen wordt ondergebracht, hechten de onderzoekers er aan expliciet te wijzen op instrumenten die ontwikkeld zijn om een kader te bieden voor de keuze om wel of geen private beoordeling (of andere vormen van private regulering of handhaving) toe te passen. De afwegingsargumenten die in die instrumenten naar voren komen, zijn namelijk ook relevant in het stadium, waarin de koers van de Commissie Dekker wordt uitgewerkt naar een concreet stelsel, omdat de factoren die van belang zijn voor de beslissing om tot een stelsel van private beoordeling te komen ook van belang zijn voor de wijze waarop een dergelijk stelsel zou moeten worden ingericht.

Afwegingskader Baarsma

Baarsma heeft in een artikel uit 2010 de keuze tussen overheidsingrijpen en zelfregulering⁴⁴ vanuit economisch perspectief geanalyseerd.⁴⁵ Die keuze blijkt afhankelijk van de vraag in hoeverre er sprake is van marktfalen⁴⁶ en reguleringsfalen⁴⁷. In algemene zin is volgens Baarsma private beoordeling minder kansrijk indien er een zwaarwegend publiek belang speelt, bijvoorbeeld bij het voortbrengen van collectieve

⁴² Helderma & Honingh 2009, p. 100.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ In de context van dit rapport worden deze bevindingen toegepast op de beoogde verschuiving van overheidstoezicht naar private beoordeling.

⁴⁵ B.E. Baarsma, 'Afwegingskader bij het gebruik van zelfreguleringsinstrumenten', *Tijdschrift voor Toezicht* 2010, p. 7-29.

⁴⁶ Hiermee wordt bedoeld op gebrek aan concurrentie, informatieasymmetrie, externe effecten of publieke goederen, zie Baarsma 2010, p. 15.

⁴⁷ Hiermee wordt bedoeld op complexiteit van regulering, informatieproblemen tussen markt en overheid, transactiekosten groter dan efficiëntiewinsten en economische kosten en inefficiënte regulering door beïnvloeding van de overheid, zie Baarsma 2010, p. 15.

goederen, omdat overheidsbetrokkenheid dan eerder gewenst is.⁴⁸ Voorts is private beoordeling minder kansrijk, indien paternalistische motieven aan overheidszijde een rol spelen.⁴⁹ De motieven voor regelgeving en de bijbehorende handhaving worden dan beter begrepen door de overheid dan door de markt.

Zelfregulering kan wel aangewezen zijn, indien dit een rol kan spelen bij het verminderen van informatieasymmetrie tussen de consument en aanbieder.⁵⁰ Een certificaat kan bijvoorbeeld duidelijkheid verschaffen aan een consument over de normen waar een bepaald product aan voldoet. Een ander economisch probleem waarvoor private beoordelingen voor zouden kunnen worden ingezet is het bestaan van ongeprijsde effecten⁵¹, waarmee bedoeld wordt dat er schadelijke effecten optreden (bijv. milieuproblemen) waarvoor niet op een bepaalde markt wordt afgerekend.⁵²

Voorts geeft Baarsma aan dat zelfregulering kansrijker is, naarmate er vaker 'ja' wordt geantwoord op onderstaande vragen:

1. Is er binnen de sector voldoende kennis aanwezig over het probleem en de mogelijke oplossingen?
2. Is er naast inhoudelijke kennis ook kennis over de kosten die zelfregulering mogelijk met zich meebrengt?
3. Staan de mensen in de sector en de overige belanghebbenden positief tegenover oplossing van het probleem door middel van zelfregulering en heeft men hier tijd en/of geld voor over? Het draagvlak voor zelfregulering neemt vaak toe, indien er een sterke voortrekkersrol wordt vervuld door een dominante persoon of partij.
4. Is de sector in voldoende mate georganiseerd zodat zelfregulering binnen deze organisatie tot stand kan komen? Organisatiegraad kan bijvoorbeeld tot uitdrukking komen in het percentage actoren dat lid is van een branchevereniging.
5. Is er sprake van maatschappelijke druk bij het oplossen van het probleem?
6. Is er sprake van een wettelijk raamwerk waarbinnen de handhaving van een eventuele zelfreguleringsafpraak kan worden uitgevoerd? Een wettelijk raamwerk bestaat bijvoorbeeld als het mogelijk is om corrigerende maatregelen te nemen als iemand zich niet aan de afspraak houdt. Als de handhaving al (civiel)rechtelijk mogelijk is (met bindende afspraken en (financiële) sancties), hoeft de zelfregulering niet 'stuk te lopen' op het regelen van de handhaving. Juist bij het regelen van de handhaving worden de belangentegenstellingen tussen partijen vaak duidelijk, waardoor het zelfreguleringsinitiatief daar vaak stopt.
7. Is er sprake van een goede vertrouwensbasis tussen de verschillende partijen die bij de zelfregulering betrokken zijn?⁵³

Het door Baarsma opgestelde afwegingskader⁵⁴ hoeft weliswaar niet meer gebruikt worden voor de keuze voor privatisering, maar de factoren die volgens haar het succes van zelfregulering bepalen, kunnen zeer relevant zijn wanneer concrete keuzes worden gemaakt met betrekking tot de inrichting van het beoogde stelsel van geprivatiseerde borging van bouwkwiteit.

De tafel van Elf

⁴⁸Baarsma 2010, p. 18.

⁴⁹Ibid.

⁵⁰Ibid.

⁵¹Ibid.

⁵²Ibid., p. 15.

⁵³Ibid., p. 19.

⁵⁴Zie voor het afwegingskader in schemavorm Baarsma 2010, p. 19-29.

Een tweede instrument dat feitelijk bedoeld is voor de fase van afweging, maar ook in deze fase nog relevant is, is de Tafel van Elf. Dit instrument, ontwikkeld door onder meer het Ministerie van Justitie, gaat uit van de basisgedachte dat voor een afgewogen beleidskeuze op het gebied van handhaving vereist is dat er een goed beeld bestaat van de mate van naleving, effectiviteit van handhaving, de motieven om wel of niet na te leven, het gewenste nalevingsniveau, en de effecten van een bepaalde beleidskeuze.⁵⁵ Indien er namelijk geen inzicht bestaat in deze aspecten, is niet duidelijk of en in welke mate een keuze voor een bepaalde handhavingsmethode (zoals private beoordeling) bijdraagt aan het nalevingsgedrag.⁵⁶

De Tafel van Elf, gebaseerd op gedragswetenschappelijk onderzoek, bevat elf factoren die van belang zijn bij het opbouwen van een beeld over naleving en handhaving.⁵⁷ Aan de hand van deze elf factoren wordt de beleidsmaker ondersteund bij het verkrijgen van inzicht in de motieven van de doelgroep om wel of niet na te leven en in de perceptie van de doelgroep van de handhaving.⁵⁸ Deze elf factoren of dimensies, zijn weer onder te verdelen in twee groepen, de dimensies voor spontane naleving en de handavingsdimensies.⁵⁹

Dimensies voor spontane naleving:

- Niveau van kennis van de regels: onbekendheid met regelgeving bij de doelgroep kan leiden tot (onbewuste) overtredingen. Handhavingsbeleid kan zich richten op betere voorlichting en scholing, wanneer deze dimensie van belang blijkt te zijn.
- Kosten-batenafweging: kosten van naleving, kosten van overtreding, baten van naleving en baten van overtreding kunnen leiden tot een bepaalde mate van naleving of overtreding. Handhavingsbeleid zou zich kunnen richten op het instellen van subsidie, extra heffingen, certificering e.d., wanneer deze dimensie van belang blijkt te zijn.
- Mate van acceptatie van de regels (begrip): acceptatie van een regel in het algemeen en in de eigen specifieke situatie is van invloed op de mate van naleving. Handhavingsbeleid kan zich richten op het creëren van draagvlak, door de branche te betrekken bij het formuleren van beleid en regelgeving, wanneer deze dimensie van belang blijkt te zijn.
- Normgetrouwheid van de doelgroep: de mate van bereidheid van de doelgroep om zich te conformeren aan een bepaald gezag beïnvloedt de mate van naleving van regels die door dat gezag gesteld zijn. Dit is een lastig te beïnvloeden dimensie. Handhavingsbeleid zou zich eventueel kunnen richten op voorlichting of onderwijs.
- Mate van informele controle: de inschatting door de doelgroep van de kans op controle door anderen dan de overheid beïnvloedt de mate van naleving. Handhavingsbeleid kan zich richten op betere controle door de omgeving van de doelgroep, bijvoorbeeld door certificering of een branchekeurmerk, wanneer deze dimensie van belang blijkt te zijn.

⁵⁵ J. van Erp en S. Verberk, *Handhaving en certificering; kansen en risico's van certificering voor normnaleving en handhaving*, Expertisecentrum Rechtshandhaving, Ministerie van Justitie, in samenwerking met B&A Groep Beleidsonderzoek & -Advies bv, 2003, p. 19, H.M. Prinsen en R.M.M. Vossen (min. van Justitie), *Naleving en handhaving van regelgeving*.

⁵⁶ J. van Erp en S. Verberk, *Handhaving en certificering; kansen en risico's van certificering voor normnaleving en handhaving*, Expertisecentrum Rechtshandhaving, Ministerie van Justitie, in samenwerking met B&A Groep Beleidsonderzoek & -Advies bv, 2003, p. 19.

⁵⁷ Prinsen en Vossen p. 57.

⁵⁸ Centrum voor Criminaliteitspreventie en Veiligheid, *De Tafel van Elf. Een veelzijdig instrument*, Rijswijk: Artoos 2010, p. 9.

⁵⁹ Onderstaande omschrijving van de dimensies is afkomstig uit het IBR rapport *Contractbeheersing en toezicht*, 2011, p. 57-58, zie daarvoor <http://www.ibr.nl/templates/mercury.asp?page_id=1842>.

Handhavingsdimensies:

- Kans op een informele melding: de inschatting door de doelgroep van de kans dat een controle door anderen dan de overheid daadwerkelijk leidt tot een melding van niet naleven bij de overheid beïnvloedt de mate van naleving. Handhaving kan zich richten op de bereidheid om aangifte te doen, wanneer deze dimensie van belang blijkt te zijn.
- Kans op controle door de overheid: de kans op controle door de overheid beïnvloedt de naleving door de doelgroep. Een grote kans zal over het algemeen tot betere naleving leiden. Handhavingsbeleid kan zich richten op extra opsporingscapaciteit en communicatie met de doelgroep over de controlekansen, wanneer deze dimensie van belang blijkt te zijn.
- Kans dat de overtreding bij controle aan het licht komt: een grotere kans op het daadwerkelijk constateren van de overtreding bij controle door de overheid leidt tot betere naleving. Handhavingsbeleid kan zich richten op extra opsporingscapaciteit en betere opsporingstechniek, wanneer deze dimensie van belang blijkt te zijn.
- Selectiviteit (worden overtreders eerder gecontroleerd dan degenen die de regels wel naleven?): een focus op recidivisten levert een groter aantal geconstateerde overtredingen op. Handhavingsbeleid kan zich richten op een specifieke risicogroep, wanneer deze dimensie van belang blijkt te zijn.
- Kans op een sanctie: een grotere kans op sanctie na constatering van een overtreding door de overheid leidt tot betere naleving. Handhavingsbeleid kan zich richten op hogere prioriteit bij toezichthouders en handhavers, wanneer deze dimensie van belang blijkt te zijn.
- Ernst van een sanctie: hoe groter de nadelen zijn die een overtreder ondervindt van een sanctie, hoe beter de naleving over het algemeen zal zijn. Handhavingsbeleid kan zich richten op strengere straffen, wanneer deze dimensie van belang blijkt te zijn.⁶⁰

Voor de introductie van een private beoordeling van de naleving van het Bouwbesluit kan de Tafel van Elf relevant zijn, omdat dit instrument inzicht verschaft hoe een privaat beoordelingsstelsel ingericht zou moeten worden om aan te sluiten bij nalevings- en overtredingsmotieven. Het voert voor dit rapport echter te ver om onderzoek te doen naar nalevings- en overtredingsmotieven en daar een inschatting van te geven.

2.1.3 Voor- en nadelen van private beoordeling in algemene zin

In paragraaf 2.2.3 zal worden ingegaan op de vraag hoe in de literatuur wordt aangekeken tegen private beoordeling als vervanging van overheidstoezicht en in paragraaf 2.5 wordt ingegaan op de meer praktische aspecten van een stelsel van private beoordeling. Ter inleiding daarop wordt hier ingegaan op voor- en nadelen van zelfregulering⁶¹ in het algemeen die in de literatuur genoemd worden.

De meest genoemde voordelen van zelfregulering zijn⁶²:

⁶⁰ Expertisecentrum rechtspleging en rechtshandhaving Ministerie van Justitie, *De 'Tafel van elf. Een veelzijdig instrument*, 2010, p. 17-27.

⁶¹ In de context van dit rapport worden deze voor- en nadelen toegepast op de beoogde verschuiving van overheidstoezicht naar private beoordeling.

⁶² De hier genoemde voordelen zijn ontleend aan Van der Heijden 2009, p. 56.

- De expertise van zelfregulerende organisaties is vaak groter dan die van overheidsorganisaties, omdat de zelfregulerende organisaties onderdeel uitmaken van de beroepsgroep.
- Door de grotere expertise en kennis kan zelfregulering effectiever zijn dan overheidsregulering.
- Zelfregulering kan efficiënter plaatsvinden doordat informatie makkelijker kan worden verkregen en een snellere aanpassing van de handhavingsstrategie aan omstandigheden.

Met betrekking tot deze voordelen kan worden opgemerkt dat in de markt inderdaad veel expertise aanwezig lijkt die zou kunnen worden aangewend om een stelsel van private beoordeling goed te laten functioneren en voorts dat het aanwenden van die expertise goed aansluit bij de gedachte van de Commissie Dekker dat de verantwoordelijkheid voor de bouwkwaliteit zoveel mogelijk bij de aanvrager/vergunninghouder zou moeten liggen.

De meest genoemde nadelen van zelfregulering zijn⁶³:

- Het ontbreken van democratische legitimiteit van handhavers. En daarmee samenhangend: borgen handhavers daadwerkelijk het publieke belang?
- Is zelfregulering wel betrouwbaar indien organisaties daar vooral voor kiezen om overheidsregulering te vermijden en zelf veel invloed krijgen op voorschriften⁶⁴ en handhaving?
- Hoe rechtvaardig is het systeem voor organisaties die niet participeren in het zelfregulerende stelsel? Die organisaties hebben immers geen stem in de ontwikkeling van de regelgeving.

Met betrekking tot deze nadelen kan opgemerkt worden dat een aantal daarvan (de democratische legitimiteit, private invloed op regulering) reeds wordt weggenomen, omdat het stellen van regels in het Bouwbesluit door de overheid blijft geschieden en slechts de controle op de naleving van die regels wordt geprivatiseerd.

Toegepast op het onderwerp van dit rapport kan, vooruitlopend op de bespreking van hoe de private beoordeling kan worden georganiseerd, over deze algemene voordelen en nadelen het volgende worden opgemerkt. De wereld van controle en toezicht heeft een grote ontwikkeling doorgemaakt. Er is sprake van toezicht op verschillende niveaus (systeem, proces- en product) en deze fenomenen zijn op zich onderwerp van onderzoeken.⁶⁵ Bovendien kan geprofiteerd worden van de ontwikkeling van vergelijkbare controlemechanismen in andere industrieën.

Hoewel nog niet uitontwikkeld lijkt het mogelijk om te zeggen dat buiten de overheid er een groot apparaat is dat beschikt over meer kennis op dit gebied dan waar gemeentelijk bouw- en woningtoezicht over beschikt. Daarmee is niet gezegd, dat gemeentelijk bouw- en woningtoezicht die kennis niet zelf op zou kunnen doen en zo ook effectief zou kunnen werken. Een feit is echter dat buiten de overheid deze kennis aanwezig is.

⁶³ De hier genoemde nadelen zijn ontleend aan Van der Heijden 2009, p. 56-57.

⁶⁴ De rapporteurs zijn zich ervan bewust dat de normen van het Bouwbesluit waar burgers zich aan moeten houden gesteld blijven worden door de overheid. In een privaat borgingssysteem kunnen echter weer nieuwe (andersoortige) voorschriften (normen) door private partijen opgesteld worden, die bijvoorbeeld betrekking hebben op de eisen waar het kwaliteitssysteem van een architectenbureau aan moet voldoen.

⁶⁵ Zie R. Favié, *Quality monitoring in infrastructural Design-Build projects*, Eindhoven: Greve Offset 2010.

2.2 PRIVATE BEOORDELING ALS VERVANGING VAN NALEVINGSTOEZICHT DOOR DE OVERHEID: EEN SCHETS

Nadat in de vorige paragraaf in algemene zin is ingegaan op de keuze voor een stelsel van private beoordeling, wordt in deze paragraaf ingezoomd op private beoordeling als instrument ter vervanging van het nalevingstoezicht zoals dat nu door de overheid in de bouw wordt uitgeoefend.

2.2.1 Inleiding

Allereerst wordt een aantal terminologische kwesties behandeld. Wat houden de begrippen private beoordeling en certificering in en welke vormen en varianten kunnen worden onderscheiden? Vervolgens wordt ingegaan op de opvattingen in de literatuur over private beoordelingen als vervanging van nalevingstoezicht door de overheid. Nadat de algemene vragen over de inzet van private beoordelingen beantwoord zijn, komen twee concrete stelsels van private beoordelingen aan bod: een stelsel dat nog niet in de praktijk functioneert, maar door de Stichting Bouwkwiteit is geschetst in het rapport 'De markt als toezichthouder. Private kwaliteitsborging in de bouw' en het stelsel zoals dat nu functioneert in de nieuwbouw van woningen voor consumenten. Tot slot wordt afgesloten met een conclusie.

2.2.2 Terminologische kwesties

In deze paragraaf wordt een nadere uitleg gegeven aan de begrippen private beoordeling en certificering en de verschillende vormen daarvan.

Private beoordeling

Private beoordelingen van de eigenschappen van een product, proces, persoon of systeem hebben tot doel om vast te stellen of er een gerechtvaardigd vertrouwen bestaat dat het onderwerp van beoordeling aan de vooraf gestelde eisen voldoet.⁶⁶ De conformiteitsverklaring die op basis van de beoordeling wordt verstrekt, kan betrekking hebben op een bepaalde periode of als eenmalige verklaring worden afgegeven.⁶⁷ In veel gevallen, wanneer een conformiteitsverklaring voor een bepaalde periode wordt afgegeven, kan gesproken worden van certificering.⁶⁸ Wanneer een verklaring niet periodiek maar eenmalig wordt afgegeven, kan bijvoorbeeld gesproken worden van een testverklaring indien het een verklaring van een testlaboratorium betreft.⁶⁹

Onder het begrip private beoordeling wordt in dit rapport voorts verstaan de beoordeling die plaats vindt door een gecertificeerde partij. Een private beoordeling kan dan bijvoorbeeld inhouden dat een gecertificeerde partij een bouwplan beoordeeld op conformiteit aan het Bouwbesluit

⁶⁶ A.R. Neerhof, 'Gebruik van private beoordelingen bij bestuursrechtelijke handhaving: kansen en bedreigingen', *NTB* 2011, p. 308.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Ibid.

Definitie en vormen van certificering

Omdat in de literatuur en in de praktijk vaak wordt gesproken van certificering als meest gebruikte en meest bekende vorm van private beoordelingen wordt dit begrip nader toegelicht. Een in de literatuur veel gehanteerde definitie van certificering is:

‘het geheel van activiteiten op grond waarvan een onafhankelijke, deskundige en betrouwbare instelling schriftelijk kenbaar maakt dat er een gerechtvaardigd vertrouwen bestaat dat een product, proces, systeem of persoon voldoet aan vooraf gestelde normen of wettelijke eisen’.⁷⁰

In deze definitie komt tot uitdrukking dat onderscheid gemaakt kan worden tussen verschillende vormen van certificatie: systeemcertificatie, procescertificatie, productcertificatie en persooncertificatie.⁷¹ Systeemcertificatie heeft betrekking op de beoordeling van een kwaliteitssysteem (ook wel kwaliteitssorgsysteem of kwaliteitsmanagementsysteem) dat gebruikt wordt door een organisatie. Een kwaliteitssysteem betreft ‘de organisatiestructuur, verantwoordelijkheden, procedures, processen en voorzieningen voor het ten uitvoer brengen van de zorg voor kwaliteit’.⁷² Deze systeemcertificering vindt vaak plaats op basis van (onder meer) de normen die daarvoor zijn opgesteld door de International Organization for Standardization (ISO). Procescertificatie ziet op de beoordeling van een proces binnen een organisatie. Dit is aan de orde wanneer een bedrijf geen product levert maar een proces (bijvoorbeeld het slopen van een gebouw).⁷³ Bij productcertificatie wordt de conformiteit van een product beoordeeld aan de vastgestelde normen of wettelijke eisen.⁷⁴ Hierbij kan ook een beoordeling van het kwaliteitssysteem aan de orde komen.⁷⁵ Bij persooncertificatie wordt bijvoorbeeld de deskundigheid of vakbekwaamheid van een persoon beoordeeld.⁷⁶ Het is dus mogelijk om op verschillende niveaus of op een combinatie van verschillende niveaus binnen een organisatie de kwaliteit te toetsen. Hoewel op papier een helder onderscheid is te maken tussen deze vier vormen van certificering, is in de praktijk het onderscheid niet altijd duidelijk, indien er verschillende vormen door elkaar lopen.⁷⁷

Een tweede aspect is dat de beoordeling van het product, proces, systeem of de persoon dient plaats te vinden aan de hand van vooraf gestelde normen of wettelijke eisen. Deze normen, vaak mede afkomstig van ISO of NEN, worden van tevoren in een beoordelingsnorm of beoordelingsrichtlijn vastgelegd. Ook de wijze waarop de certificerende instelling moet toetsen wordt in de beoordelingsnorm of beoordelingsrichtlijn beschreven.

Voorts blijkt uit de hierboven gegeven definitie dat de instelling die kenbaar maakt of een product, proces, systeem of persoon voldoet aan de gestelde normen of wettelijke

⁷⁰ MDW-werkgroep Certificering, *Normalisatie en certificatie*, 1996, p. 13, G.J.M. Evers, *Blind vertrouwen? Een onderzoek naar de toepassing van certificatie ten dienste van de handhaving van wettelijke voorschriften*, Den Haag: Boom 2002, p. 13, H.J. Visscher e.a., *Certificering op het gebied van bouwregelgeving*, Delft: DUP Science 2003, p. 4, Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 12, J. van Erp en S. Verberk, *Handhaving en certificering. Een handreiking voor de beleids- en wetgevingspraktijk*, Expertisecentrum Rechtshandhaving, Ministerie van Justitie, in samenwerking met B&A Groep Beleidsonderzoek & -Advies bv, 2003, p. 8.

⁷¹ Ph. Eijlander, ‘Over de groei en bloei van certificatie’, *TBR* 2008/119, p. 608. e.v.

⁷² Evers 2002, p. 25.

⁷³ Ibid., p. 27. Procescertificering is dus duidelijk een andere term dan procestoetsing zoals door Rijkswaterstaat gebruikt. Dat laatste ziet namelijk op het functioneren van de processen die de opdrachtnemer heeft beschreven in het projectmanagementplan en afgeleide plannen (zie Rijkswaterstaat, *Systeemgerichte contractbeheersing Anno 2011*, p. 12) en gaat dus over de processen waarmee een bepaald product met een bepaalde kwaliteit wordt voortgebracht.

⁷⁴ Eijlander 2008, p. 608.

⁷⁵ Evers 2002, p. 24.

⁷⁶ Ibid., p. 27.

⁷⁷ Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 14.

eisen onafhankelijk, deskundig en betrouwbaar moet zijn. In Nederland wordt de kwaliteit van certificerende instellingen beoordeeld door de Raad van Accreditatie.⁷⁸ Deze Raad is een zelfstandig bestuursorgaan en heeft een monopoliepositie op het gebied van accreditatie van certificerende instellingen. Indien een accreditatie aan een certificerende instelling is verleend, vindt daarna in beginsel jaarlijks een controle van deze instelling plaats en eens in de vier jaar een herbeoordeling. Bij certificering door een geaccrediteerde certificerende instelling wordt ook wel gesproken van certificering onder accreditatie ter onderscheid van certificering door een instelling die niet is geaccrediteerd.

Op certificering lijkende begrippen

Omdat in de praktijk ook andere certificeringsachtige begrippen worden gebruikt, zoals 'erkenning' bij de erkenning van Technical Inspection Services door CROW⁷⁹, rijst de vraag wat nu precies het verschil is tussen die verschillende begrippen. Dit onderscheid kan het beste worden uitgelegd aan de hand van de indeling van eerstegraads, tweedegraads en derdegraads keurmerken die naar voren komt in het onderzoek van Baarsma e.a. in opdracht van het ministerie van Economische Zaken.⁸⁰ Baarsma e.a. scharen certificaten die onder accreditatie zijn verstrekt onder de eerstegraads keurmerken. Dit zijn namelijk keurmerken verstrekt door een beoordelende instantie die zelf ook beoordeeld wordt op deskundigheid en onafhankelijkheid.⁸¹ Een dergelijke vorm van tweedelijns toezicht biedt een extra waarborg. Tweedegraads keurmerken worden verstrekt door instanties waarop geen toezicht wordt gehouden door een andere onafhankelijke instelling. Deze keurmerken worden vaak erkenningen genoemd en worden vaak verstrekt door brancheorganisaties.⁸² De derdegraads keurmerken zijn in feite geen keurmerken en worden door een bedrijf aan zichzelf gegeven, waardoor er door een gebrek aan onafhankelijke beoordeling maar weinig waarde aan kan worden gehecht.⁸³

Toepassingsvarianten van certificering

Naast de verschillende hierboven genoemde vormen van certificering kan er ook een onderscheid worden gemaakt naar de verschillende toepassingsvarianten van certificering, die zijn geïntroduceerd in het rapport 'Inkadering van certificatie en accreditatie van Eijlander, Evers en Van Gestel'.⁸⁴ Deze toepassingsvarianten, de marktordeningsvariant, de toezichts(ondersteunings)variant, de toelatingsvariant en de erkenningsvariant,⁸⁵ hebben onder meer betrekking op de vraag wat de aanwezigheid van een certificaat betekent voor het overheidstoezicht.

Bij de marktordeningsvariant vindt certificatie plaats op vrijwillige basis en proberen marktpartijen zich door certificatie positief te onderscheiden van hun concurrenten. Certificering heeft in deze variant in beginsel geen gevolgen voor het overheidstoezicht. Ook in de toezichts(ondersteunings)variant is certificatie niet verplicht. Het voordeel voor partijen bij certificeren is in deze variant dat de overheidstoezichthouder in beginsel een lichtere vorm van toezicht zal uitoefenen op certificaathouders, omdat de

⁷⁸ Zie voor de wijze van beoordeling de beleidsregel RvA-BR002-NL van de Raad van Accreditatie.

⁷⁹ Zie daarover par. 2.2.3.2.

⁸⁰ Baarsma e.a., *Zelf doen? Inventarisatiestudie van zelfreguleringsinstrumenten*, Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek 2003, p. 40-41.

⁸¹ Ibid, p. 40.

⁸² Ibid, p. 40-41.

⁸³ Ibid, p. 41.

⁸⁴ Eijlander, Evers & Van Gestel 2003.

⁸⁵ Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 49-57, Eijlander 2008, p. 610-611. Deze indeling wordt ook gevolgd door Peeters, Neerhof en De Boer 2009, p. 24-30.

aanwezigheid van het certificaat aangeeft dat de betreffende marktpartij zich inzet om wettelijke regels na te leven. De toelatingsvariant is een toepassing die gebruikt kan worden in de situatie dat een partij moet aantonen dat hij voldoet aan bepaalde eisen. Deze variant houdt in dat een certificaat een wettelijk erkend bewijs van naleving is of een onderdeel daarvan. Toepassing van deze variant houdt in dat met het tonen van het certificaat voldaan is aan de verplichting om aan te tonen dat de betreffende producten of diensten aan de geldende voorschriften voldoen. Dit wil echter niet zeggen dat de overheid vervolgens geen nalevingstoezicht meer mag houden. Ook in de toelatingsvariant wordt aan marktpartijen in beginsel niet de verplichting opgelegd om te certificeren. In de erkenningsvariant is dat doorgaans wel het geval. Het certificaat vormt in deze variant een onvoorwaardelijke wettelijke erkenning dat voldaan wordt aan de gestelde eisen. Er vindt dan ook in beginsel geen aanvullend toezicht plaats door de overheid.

Voor dit onderzoek zijn de toezichts(ondersteunings)variant, de toelatingsvariant en de erkenningsvariant relevant, omdat het onderzoek gericht is op een verschuiving van overheidstoezicht naar privaat toezicht. In deze drie varianten is dat, anders dan in de marktordeningsvariant het geval.

Met deze varianten is een ordening gegeven van de wijze waarop een verbinding wordt gelegd tussen overheidstoezicht en certificering. Men moet zich daarbij realiseren dat in alle varianten alsnog vragen kunnen ontstaan daar waar de verantwoordelijkheden van private toezichthouders en overheidstoezichthouders elkaar raken. Een voorbeeld hiervan is het geval waarin een gemeente een vergunning verstrekt op basis van een gebrekkige rapportage waarin een gecertificeerd controlebureau ten onrechte verklaart dat het bouwplan in overeenstemming met het Bouwbesluit is opgesteld. De private toetsers kan in een dergelijk geval verweten worden een gebrekkige rapportage te hebben opgesteld, maar de gemeente kan wellicht verweten worden een gebrekkige rapportage te hebben geaccepteerd.⁸⁶ Ook is mogelijk dat een rapportage is opgesteld door een private partij wiens certificaat inmiddels is verlopen of door een partij die niet gecertificeerd is voor de toetsing van het ontwerp van het betreffende type bouwwerk. Een vorm van 'marginale toetsing' door de vergunningverlenende instantie van de beoordeling die door de private beoordelingsinstantie is gemaakt, lijkt onvermijdelijk. Een ander voorbeeld is de situatie waarin de gemeente handhavend dient op te treden en dus zowel van de gemeente als van de private toezichthouder een oordeel wordt gevraagd over een bepaalde situatie. Op de aansprakelijkheidsrechtelijke vragen rond overlappende verantwoordelijkheden wordt in paragraaf 3.3.3 teruggekomen.

De bestuurlijk-juridische inbedding van toepassingsvarianten

Het rapport 'Inkadering van certificatie en accreditatie' gaat voorts in op de bestuurlijk-juridische inbedding van de verschillende varianten. Het voert voor dit onderzoek op dit moment te ver om daarop uitgebreid in te gaan, maar men moet zich realiseren dat naarmate er sprake is van een verdergaande variant de mogelijkheden van overheidsbemoeienis afnemen. Hoe moet de overheid bijvoorbeeld omgaan met aanwijzingen dat toetsen onzorgvuldig zijn uitgevoerd, wanneer een toetsingsrapportage formeel geaccepteerd moet worden als voldoende bewijs dat een bouwplan of bouwwerk voldoet aan het Bouwbesluit?⁸⁷

Voorts kan relevant zijn dat Eijlander e.a. menen dat bij de toepassing van de erkenningsvariant de kans aanwezig is dat de rechter certificerende instellingen

⁸⁶ Zie ook Van der Heijden 2009, p. 135, die de vraag opwerpt naar overlappende verantwoordelijkheden.

⁸⁷ Van der Heijden 2009, p. 93.

aanmerkt als bestuursorgaan op grond van art. 1:1 lid 1 aanhef en onder b Algemene wet bestuursrecht, waarin bepaald wordt dat onder een bestuursorgaan wordt verstaan een persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed. Een persoon of college bekleed met openbaar gezag kan – binnen de relevante regelgeving - eenzijdig rechten of plichten voor een ander in het leven roepen of bindend vast stellen, zoals bij het afgeven van een wettelijk bewijs van goedkeuring.⁸⁸ Een in de literatuur genoemd voorbeeld hiervan is de erkende garagehouder die de wettelijk verplichte APK-keuring verricht.⁸⁹ Afgaande op deze algemene beschrijving en dit voorbeeld uit de literatuur, is het inderdaad denkbaar dat een private beoordelingsinstantie, wiens goedkeuring wettelijk vereist is, bij de uitvoering van diens beoordeling als bestuursorgaan zal worden aangemerkt door de rechter.

Men kan zich overigens afvragen of het erg zou zijn, indien private beoordelingsinstanties als bestuursorgaan zouden worden aangemerkt door de rechter. Weliswaar worden dan regels van bestuursrecht van toepassing op de relatie tussen de beoordelingsinstantie en diens opdrachtgever, maar het toezicht op de naleving van het Bouwbesluit verschuift evenzeer van de gemeentelijke overheid naar een privaatrechtelijke rechtspersoon.

Een laatste opmerking met betrekking tot de toepassingsvarianten betreft een van de aanbevelingen die is opgesteld door de onderzoekers van de UvT:

‘1. Er zal door de overheid, indien van certificatie gebruik wordt gemaakt, beter dan nu het geval is gemotiveerd moeten worden waarom certificatie wordt toegepast en welke toepassing certificatie krijgt. Nu blijft het beleidsmotief (wat wil de overheid nu precies met certificatie) vaak nog te veel verborgen/impliciet. Bovendien is het in het licht van de afstemming van taken en verantwoordelijkheden van belang consequent gevolg te geven aan een bepaalde gekozen bestuursvariant.’⁹⁰

2.2.3 Private beoordeling als vervanging van overheidstoezicht: de literatuur

In deze paragraaf wordt, mede in het licht van het in paragraaf 2.1.3 genoemde argument van betrouwbaarheid van private beoordelingen, de vraag onder ogen gezien of en in hoeverre private beoordelingen volgens de opvattingen in de literatuur als een volwaardig alternatief kunnen worden aangemerkt voor nalevingstoezicht door de overheid. In deze paragraaf is niet beoogd een uitputtende opsomming en beschrijving van de in de literatuur genoemde opvattingen te geven. Er komen in de literatuur weerkerende thema's aan de orde waar aandacht aan dient te worden besteed bij de inrichting van een privaat beoordelingsstelsel en er wordt ingegaan op effecten die een gevolg kunnen zijn van de vervanging van specifiek bouwtoezicht.

De bespreking van de literatuur valt uiteen in zeven onderdelen. In de eerste plaats komt het rapport 'Inkadering van certificatie en accreditatie' van Eijlander, Evers en Van Gestel aan bod, waarin de auteurs een aantal beperkingen van certificatie aangeven. Ten tweede wordt aan de hand van door Van Erp en Verberk geschreven handreiking *Handhaving en certificering* besproken wat de mogelijke negatieve effecten zijn van het commerciële karakter van de relatie tussen de private beoordelingsinstantie en de door

⁸⁸ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier 2005, p. 64.

⁸⁹ Burkens e.a., *Beginnelen van de democratische rechtsstaat*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 58.

⁹⁰ Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 57.

die instantie beoordeelde klant. Als derde worden hier de door Van der Heijden verzamelde buitenlandse voorbeelden beschreven waarin de introductie van private beoordeling gepaard ging met negatieve effecten. Vervolgens worden onder het vierde kopje globaal oplossingsrichtingen aangegeven voor de beschreven negatieve effecten die gepaard kunnen gaan met private beoordeling. In de vijfde plaats worden positieve en a-typische effecten of verwachtingen van private beoordelingen beschreven. Daarna komt kort de situatie van een duaal overgangsstelsel aan de orde. En afsluitend wordt ingegaan op de positie van de burger in een systeem van private beoordeling.

Het rapport 'Inkadering van certificatie en accreditatie'

In het rapport van Eijlander, Evers en Van Gestel⁹¹ wordt het volgende opgemerkt over de vervanging van nalevingstoezicht door de overheid door certificering:

‘Hiervoor is reeds duidelijk gemaakt dat (nalevings)toezicht en certificatie niet gelijk zijn; certificatie is geen volwaardig alternatief voor het houden van toezicht op de naleving van regels. Certificatie en accreditatie zijn niet geschikt om wetsovertredingen en fraude op te sporen. Dat neemt niet weg dat er wel verantwoorde ‘verbindingen’ mogelijk zijn tussen het nalevingstoezicht door de overheid en certificatie. Hoe kunnen die verbindingen worden gelegd en op een verantwoorde wijze worden vormgegeven?

Voor ons staat voorop dat het beschikken over een certificaat in beginsel geen ‘vrijwaring’ kan zijn voor de uitoefening van toezicht op de naleving door of vanwege de overheid. Een overheid die regels stelt zal uiteindelijk zelf de verantwoordelijkheid moeten (blijven) dragen voor het toezicht op de naleving daarvan; hetgeen niet wegneemt dat – in het kader van risico-analyse – rekening gehouden kan worden met wat de onder toezicht gestelden zelf al doen of laten doen om de goede naleving van regels te verzekeren. Het geheel afzien van toezicht kan in de praktijk leiden tot calculerend gedrag van burgers en bedrijven en de risico’s op niet-naleving vergroten. Een toepassing van certificatie, zoals geschiedt in het kader van de erkende kwaliteitsverklaringen in het Bouwbesluit achten wij derhalve onverstandig. Een uitzondering op de stelregel dat certificatie nooit nalevingstoezicht kan vervangen is slechts op zijn plaats daar waar het gaat om toezichtsactiviteiten die niet steekproefsgewijs en onaangekondigd behoeven plaats te vinden om toch effectief te zijn. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om certificatie van de competentie van personen of organisaties (zie daarover hierna: de erkenningsvariant). Indien het de overheid echter gaat om de wijze van uitvoering van bepaalde activiteiten zal niet met certificatie kunnen worden volstaan. Zo kan de overheid de deskundigheid van asbestverwijderingsbedrijven wel borgen via certificatie, maar zal zij gezien het feit dat hier ook de werkprocessen moeten worden gewaarborgd daarmee niet simpelweg kunnen volstaan. De ervaring heeft hier geleerd dat onaangekondigde inspecties door de overheid van de kwaliteit van de asbestverwijdering door deze bedrijven beslist noodzakelijk blijven’⁹²

Wat de opstellers van het rapport zorgen baart, is dat het toezicht vervangen zou worden door een vorm van veel beperktere controle, die minder waarborgen biedt voor naleving. Een controle, zoals die geschiedt in het kader van kwaliteitsverklaringen in het Bouwbesluit. Kwaliteitsverklaringen moeten informatie geven over de aansluiting van het product aan de bouwtechnische eisen in het Bouwbesluit 2012. Deze aansluiting vormt automatisch het bewijs bij de omgevingsvergunning dat aan bepaalde

⁹¹ Eijlander, Evers & Van Gestel 2003.

⁹² Ibid., p. 45-46.

voorschriften van het Bouwbesluit is voldaan.⁹³ Maar, zoals hier voor uiteen is gezet, is het middel private beoordeling op veel meer aspecten van de bouw inzetbaar en kan daarmee in wezen de gehele controle door gemeentelijk bouwtoezicht op naleving van het bouwtoezicht worden overgenomen. De intensiteit van de controles kan daarbij door de overheid voorgeschreven worden.

Omdat de auteurs van het rapport onder meer hun bezorgdheid uitspreken over de beperkte bevoegdheid van private toezichthouders (kunnen die wel onaangekondigd langskomen), is in dit verband voorts van belang dat de Algemene wet bestuursrecht de mogelijkheid bevat om particulieren de bevoegdheden toe te kennen die de Awb aan de toezichthouder toekent.⁹⁴ Dat dit juridisch mogelijk is, blijkt uit art. 5:11 Awb, dat spreekt van een 'persoon' belast met het houden van toezicht en niet van een ambtenaar.

In het rapport van Eijlander e.a. worden voorts elf algemene aanbevelingen gedaan. In het kader van deze paragraaf zijn de volgende aanbevelingen het meest relevant:

'7. De overheid dient altijd op enige wijze betrokken te zijn bij de totstandkoming van beoordelingscriteria en procedures. Dit vereist in ieder geval dat de overheid als adviseur in de normcommissies of Colleges van Deskundigen aanwezig is.

8. Bij de inrichting van het nalevingstoezicht mag de aanwezigheid van een certificaat nooit reden zijn om geheel van toezichtactiviteiten af te zien. Men mag en kan echter wel op basis van aanwezige certificatieactiviteiten - gemotiveerd - differentiëren in de uitvoering van het toezicht.'⁹⁵

De auteurs van het rapport 'Inkadering van certificatie en accreditatie' tonen zich dus kritisch over modellen waarin certificering nalevingstoezicht geheel vervangt en zij pleiten dan ook voor verantwoorde verbindingen tussen certificering en overheidshandhaving.

Met betrekking tot de eerste van de twee hierboven genoemde aanbevelingen kan worden opgemerkt dat het inderdaad van belang is dat de overheid invloed kan uitoefenen op de wijze waarop een stelsel van private beoordeling van de naleving van het Bouwbesluit functioneert. Zonder enige invloed van de overheid zou het namelijk mogelijk zijn dat een stelsel van private beoordeling wordt 'uitgekleed', waardoor de binnen dat stelsel actieve partijen aan minder strenge normen hoeven te voldoen als door de overheid wenselijk wordt geacht. Het uitgangspunt dat overheidsinvloed op de regulering binnen een stelsel van private beoordeling noodzakelijk is, kan dus worden onderschreven. Het is echter de vraag of het ook strikt noodzakelijk is dat de overheid daarom als adviseur aanwezig is in een College van Deskundigen of normcommissie. Denkbaar is dat ook op een andere manier invloed kan worden uitgeoefend, bijvoorbeeld indien wordt gekozen voor een autoriteit die beslist of partijen die volgens een bepaalde norm of beoordelingsrichtlijn zijn gecertificeerd of erkend, worden toegelaten tot een stelsel van private beoordeling.⁹⁶ In dat geval wordt er op een andere manier invloed uitgeoefend op de inhoud van de normen, namelijk door een goedkeuring door een autoriteit.

⁹³ Ontleend aan de publicatie Informatieblad Bouwbesluit 2012, CE-markering en Erkende kwaliteitsverklaringen, te downloaden van de website van de Rijksoverheid.

⁹⁴ L. Valkenburg 1995, 'De EZ-nota 'Normen, Certificaten en Open Grenzen'', *Regelmaat* 1995, p. 107, A.B. Blomberg, 'Toezicht door particulieren', *TO* 2002, p. 105, Evers 2002, p. 201.

⁹⁵ Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 58.

⁹⁶ Zie voor deze mogelijkheid het rapport van de Stichting Bouwkwiteit, *De markt als toezichthouder. Private kwaliteitsborging in de bouw*, 2012, dat besproken wordt in par. 2.3.1.

Ook de tweede aanbeveling bevat een uitgangspunt dat voor de inrichting van een stelsel van private beoordeling van de naleving van het Bouwbesluit van groot belang is. Certificatie kan volgens Eijlander e.a. nooit een reden zijn om geheel van (onaangekondigde, steekproefsgewijze) toezichtactiviteiten af te zien, omdat dit kan leiden tot calculerend gedrag van burgers en bedrijven en het risico op het niet naleven van regels vergroot.⁹⁷ Toezichtactiviteiten die per project bepalen of voldaan wordt aan het Bouwbesluit lijken inderdaad noodzakelijk voor een stelsel van effectieve private beoordeling. Het is echter de vraag of het strikt noodzakelijk is om die aanvullende toezichtactiviteiten door de overheid te laten plaatsvinden. Denkbaar is ook dat private partijen, indien die voldoen aan standaarden van onafhankelijk, deskundigheid en integriteit, dergelijke aanvullende toezichtactiviteiten uitvoeren. Het hier door Eijlander e.a. opgemerkte maakt echter wel duidelijk dat een stelsel van private beoordeling met voldoende waarborgen omkleed moet zijn om calculerend gedrag bij burgers en bedrijven te voorkomen en dat niet met slechts certificatie van ontwerpende of uitvoerende partijen kan worden volstaan.

De commerciële relatie tussen de private beoordelingsinstantie en diens klant

In een uitgave van het Expertisecentrum Rechtshandhaving van het Ministerie van Justitie wijzen Van Erp en Verberk erop dat certificering publieke handhaving nooit volledig kan vervangen en dat daarom een mix van overheidstoezicht en certificering de meest gewenste optie is.⁹⁸ Voorts kan volgens Van Erp en Verberk de commerciële relatie tussen klant en certificerende instelling van invloed zijn op de kwaliteit van de beoordeling die wordt uitgevoerd.⁹⁹ Op verschillende wijzen zou een kwaliteitsverlies zich voor kunnen doen. Er kan belangenverstrengeling optreden, doordat een certificerende instelling een vergoeding van de klant ontvangt voor het verlenen van een certificaat en de klant niet graag zal verliezen. Ook zou zich de situatie voor kunnen doen waarin de concurrentie met andere instellingen de certificerende instelling ertoe aanzet een beoordeling aan te bieden tegen een te lage prijs, waardoor concessies worden gedaan aan de nauwkeurigheid van de beoordeling. Deze risico's, inherent aan de commerciële relatie tussen certificerende instelling en klant, worden door meer auteurs onderkend.¹⁰⁰ Hoewel Van Erp en Verberk wel enige voorbeelden geven die uit interviews naar voren komen, zijn de effecten van de commerciële relatie tussen certificerende instelling en klant op de beoordeling zoals die door de certificerende instelling wordt uitgevoerd, moeilijk in te schatten.¹⁰¹ Neerhof stelt dat het pas verantwoord is om conformiteitsbeoordelingen in te schakelen bij handhaving, indien hierover meer bekend is.¹⁰²

Overigens kunnen problemen rond afhankelijkheid niet alleen in een stelsel van private beoordeling optreden. Uit een onderzoek van het Centraal Overleg Bouwconstructies (COBc) blijkt dat er niet alleen behoefte is aan onafhankelijkheid ten opzichte van private partijen, maar ook aan onafhankelijkheid ten opzichte van lokale politiek.¹⁰³ Omdat dit rapport als onderwerp privatisering van overheidstoezicht als onderwerp

⁹⁷ Eijlander e.a. 2003, p. 45.

⁹⁸ J. van Erp en S. Verberk, *Handhaving en certificering. Een handreiking voor de beleids- en wetgevingspraktijk*, Expertisecentrum Rechtshandhaving, Ministerie van Justitie, in samenwerking met B&A Groep Beleidsonderzoek & -Advies bv, 2003, p. 3-4, 17.

⁹⁹ Van Erp en Verberk 2003, p. 17-20.

¹⁰⁰ Zie Evers 2002, p. 107-108, S. Verberk en J. van Erp, 'Certificering als instrument voor naleving van regelgeving. Kansen en risico's', *Openbaar bestuur* 2002-4, p. 4-5, Baarsma e.a. 2003, p. 114, S.K. Gabriel-Breukers, *Hulp bij Handhaving*, Nijmegen: Wolf Publishers 2008, p. 153, 170-171, Van der Heijden 2009, p. 74, 96-97, 101-102, 119-120, Peeters, Neerhof en De Boer, *De rol van conformiteitsbeoordelingen bij de handhaving van het milieurecht* (STEM-publicatie 2008/2), p. 72, Neerhof 2011, p. 309.

¹⁰¹ Neerhof 2011, p. 309.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ COBc, *Toekomstvisie toetsing constructieve veiligheid bouwwerken*, 2012, p. 11.

heeft, wordt hier echter ingegaan op de kansen en de risico's van een stelsel van privaat toezicht en niet op die van het huidige stelsel van gemeentelijk toezicht op naleving van het Bouwbesluit.

Buitenlandse voorbeelden van negatieve effecten

In dit verband is voorts relevant hetgeen Van der Heijden opmerkt over incidenten die in het buitenland hebben plaatsgevonden. Van der Heijden noemt een aantal incidenten en schandalen die zich hebben voorgedaan in landen en staten (Engeland en Wales, Nieuw-Zeeland, Japan, New York, Frankrijk, Duitsland) waar sprake is van in enige vorm geprivatiseerd bouwtoezicht.¹⁰⁴ In een aantal landen en staten (Nieuw-Zeeland, Japan, New York) konden de incidenten die zich hebben voorgedaan, gekoppeld worden aan het zwichten voor commerciële druk door private toetsers en toezichthouders. In New York bleek zelfs dat van alle door architecten zelfgetoetste bouwplannen 57% niet voldeed aan de bouwregelgeving.¹⁰⁵

Oplossingsrichtingen voor negatieve effecten van commerciële relatie

Uit de hierboven weergegeven literatuuropvattingen en buitenlandse voorbeelden volgt dat een stelsel van private beoordeling met voldoende waarborgen omkleed zal moeten zijn om te voorkomen dat negatieve effecten optreden en er problemen ontstaan met de naleving van het Bouwbesluit. Het voert voor dit onderzoek te ver om uitgebreid in te gaan op de waarborgen die nodig zijn om het hierboven beschreven risico verkleinen, maar er kan bijvoorbeeld aan (een combinatie van) de volgende oplossingsrichtingen gedacht worden:

- Streng eisen aan en een strenge vorm van tweedelijnstoezicht op de private beoordelingsinstanties kan wellicht voorkomen dat de door die instanties uitgevoerde beoordelingen beïnvloed worden door oneigenlijke motieven, zoals de commerciële relatie tussen beoordelingsinstantie en klant. Streng tweedelijnstoezicht kan inhouden dat er frequent en intensief wordt gecontroleerd of private beoordelingsinstanties aan de normen voldoen en dat zware consequenties worden verbonden aan het niet naleven van de normen. Een dergelijk tweedelijnstoezicht kan door verschillende partijen uitgevoerd worden, bijvoorbeeld door een overheidsinstantie, de beroepsgroep¹⁰⁶ of een certificerende instelling/erkenninginstantie.
- Hoofdelijke aansprakelijkheid - in het kader van de aansprakelijkheid jegens derden die schade lijden die terug te voeren is mede op tekortkomingen in de controlerende taken - kan de private beoordelingsinstantie een extra prikkel geven om de beoordeling kritisch en deskundig uit te voeren en overwegingen omtrent de klantrelatie buiten beschouwing te laten.
- Een dergelijke prikkel is ook aanwezig indien de private beoordeling wordt ondergebracht bij een verzekeringsmaatschappij die een verzekering verstrekt dat het betreffende bouwwerk voldoet aan het Bouwbesluit. Deze laatste optie komt terug in het Woningborgsysteem, zie daarover par. 2.3.2.
- De relatie van de private beoordelingsinstantie met de opdrachtgever tot de beoordeling zal waarborgen dienen te bevatten dat de opdrachtgever, die ook de te beoordelen persoon is dan wel degene van wie de te beoordelen informatie/activiteiten vandaan komt, het niet in zijn macht heeft de

¹⁰⁴ Van der Heijden 2009, p. 76-79.

¹⁰⁵ Ibid., p. 77-78. Het laten toetsen van bouwplannen door de architect die het plan zelf heeft opgesteld wordt ook wel interne plantoetsing genoemd. Om voldoende kwaliteit van toetsing te waarborgen is dan een zware vorm van certificering vereist, zie H.J. Visscher, *Bouwtoezicht en kwaliteitszorg*, Delft: Delft University Press 1999, p. 253.

¹⁰⁶ Van der Heijden 2009, p. 117.

beoordelingsinstantie te beïnvloeden, c.q. die overeenkomst zal zoveel mogelijk waarborgen moeten bevatten om dit te voorkomen. De vergelijking met de overeenkomst met controlerende accountants dringt zich hier op. Uiteraard kan in het kader van dit rapport niet meer worden opgemerkt dan dat dit punt van groot belang is en de aandacht van de overheid behoeft.

- In het verlengde van het voorgaande ligt ook het punt van de aansprakelijkheid van de beoordelende instantie. Aangenomen wordt dat private partijen die de controlerende taken gaan uitoefenen dat zullen doen op basis van overeenkomsten naar het voorbeeld van de DNR 2011. Deze voorwaarden bevatten een aansprakelijkheidsbeperking, waarvan de vraag gesteld kan worden of die passend is in deze situatie. Aangeraden wordt dat aspect, dat voor marktpartijen uiteraard zeer relevant is alvorens zij dit soort taken op zich kunnen nemen, te doordenken en te bezien wat wenselijk en haalbaar is.

Positieve en atypische effecten van private beoordeling

Het onderzoek van Van der Heijden laat echter ook positieve resultaten zien van privaat toezicht ter vervanging van overheidstoezicht. Zo laten de ervaringen in Australië en Canada een positief beeld zien van het niveau van dienstverlening dat geboden kan worden door private toezichthouders. Private toezichthouders kunnen zich beter specialiseren waardoor hun kennisniveau beter aansluit bij specifieke projecten.¹⁰⁷

Het onderzoek van Visscher laat zien dat onder deskundigen de meningen verdeeld zijn over de kwaliteitseffecten van uitvoering van bouwtoezichttaken door gecertificeerde beoordelingsinstanties,¹⁰⁸ maar concludeert, hoewel de kwaliteitseffecten volgens Visscher niet precies te voorspellen zijn, met een in beginsel positieve verwachting over de kwaliteitseffecten. Visscher erkent dat de kwaliteit van de private beoordeling onder druk kan komen te staan van tijd en kosten, maar stelt dat als er duidelijke eisen in de Beoordelingsrichtlijn staan, die bovendien voldoende zekerheid voor kwaliteit bieden en de 'certificatie-infrastructuur' (certificering van private beoordelaars, accreditatie van certificerende instellingen) goed blijft functioneren de negatieve effecten van druk op kosten en tijd achterwege blijven.¹⁰⁹ Bovendien zou volgens Visscher een toenemende druk in de sector kunnen ontstaan om meer aandacht aan kwaliteitszorg te besteden.¹¹⁰

Tot slot wordt gewezen op een fenomeen waar Van der Heijden aandacht voor vraagt. Er zou namelijk ook een atypisch effect als gevolg van privatisering van toezicht op kunnen treden. Een mogelijke ontwikkeling kan zijn dat private beoordelingsinstanties zoveel mogelijk risico's willen vermijden en een sterke voorkeur zullen hebben voor weinig risicovolle ontwerpen of uitvoeringsprocessen.¹¹¹ Hierdoor zouden bouwpartijen belemmerd kunnen worden in hun mogelijkheden om innovatieve ontwerpen te realiseren.¹¹²

Duaal stelsel

Van der Heijden doet in zijn boek over de voor- en nadelen van privatisering van bouwtoezicht uitgebreid verslag van de ervaringen die in Australië en Canada zijn opgedaan met duale stelsels. In 2011 is door de minister van Binnenlandse Zaken aan de

¹⁰⁷ Van der Heijden 2009, p. 103, 119.

¹⁰⁸ Visscher 1999, p. 249.

¹⁰⁹ Ibid., p. 259.

¹¹⁰ Ibid., p. 249.

¹¹¹ Van der Heijden 2009, p. 136.

¹¹² Ibid., p. 136.

Tweede Kamer gemeld dat een privaat alternatief ontwikkeld wordt voor de gemeentelijke toetsing van bouwplannen en het toezicht tijdens de bouw en dat dit private alternatief zich gedurende drie jaren in een duaal stelsel zal moeten bewijzen.¹¹³ Vervolgens wordt aan de hand van de ervaringen die in die drie jaren zijn opgedaan besloten of het publieke toezicht geschrapt of beperkt kan worden. Omdat er hierdoor voor een periode van in ieder geval drie jaren een duaal stelsel zal bestaan, wordt hier kort aandacht besteed aan de resultaten van het onderzoek van Van der Heijden naar de Australische en Canadese ervaringen met duale stelsels.

In een aantal van de door Van der Heijden beschreven stelsels is er sprake van competitie tussen publiek en privaat bouwtoezicht. Deze competitie, waarbij publieke toezichthouders in beginsel verplicht zijn om alle aanvragen in behandeling te nemen en private toezichthouder in beginsel de vrijheid hebben om een aanvraag tot toetsing/toezicht af te wijzen, kan bepaalde (negatieve) effecten hebben. Een ernstig effect kan zijn dat de competitie een commerciële druk tot gevolg heeft die er toe leidt dat partijen niet te streng controleren.¹¹⁴ Een ander effect kan zijn dat er door competitie een tweedeling ontstaat tussen grote en complexe projecten die door private partijen gecontroleerd worden en kleine projecten die door de gemeente gedaan worden. Dit kan tot gevolg hebben dat de gemeenten niet meer kostendekkend kunnen werken.¹¹⁵ Ook kunnen private toezichthouders kleine projecten afwijzen, waardoor bepaalde partijen geen toegang krijgen tot het serviceniveau van privaat toezicht.¹¹⁶ Voorts kan een nadelig effect optreden doordat kennisuitwisseling tussen private en publieke partijen tot stilstand komt.¹¹⁷ Tot slot kan door (een gebrek aan) competitie een grote private partij een zeer dominante positie krijgen in een gebied, waardoor de afhankelijkheid van de overheid van een enkele partij toeneemt.¹¹⁸

Gezien de hier beschreven mogelijke nadelige gevolgen van competitie tussen overheid en marktpartijen in een duaal stelsel, lijkt het aanbeveling te verdienen een overgangperiode waarin een duaal stelsel zal bestaan zo kort mogelijk te houden, of het duaal overgangsstelsel zo in te richten dat er geen competitie tussen publieke en private partijen is.

Het perspectief van de burger

Door het ministerie van Binnenlandse Zaken is gevraagd specifiek aandacht te besteden aan de positie van de burger in een stelsel van private beoordeling. Om deze reden wordt hier ingegaan op hetgeen in de literatuur is geschreven over de behoefte aan privaat dan wel publiek toezicht aan de vraagzijde van de bouwtoezichtmarkt. Die vraagzijde is namelijk geenszins homogeen. Aan de ene kant van het spectrum staan de 'one-shotters', gewone burgers die een enkele keer in hun leven een bouwproject initiëren, en aan de andere kant de 'frequent players', zoals ontwikkelaars die op professionele wijze in de bouwwereld actief zijn.¹¹⁹

Van der Heijden concludeert in zijn onderzoek dat die verschillende groepen verschillende behoeften hebben. De one-shotters zijn op zoek naar hulp en ondersteuning, waar de frequent players op zoek zijn naar expertise en service.¹²⁰ Deze behoeften aan de vraagzijde lijken volgens Van der Heijden aan te sluiten op die aan de

¹¹³ Kamerstukken II 2011/12, 28 325, nr. 146, p. 2.

¹¹⁴ Van der Heijden 2009, p. 93, 96, 101-102, 119.

¹¹⁵ Ibid., p. 94-95, 101.

¹¹⁶ Ibid., p. 104. Een dergelijk probleem kan zich overigens ook in een volledig privaat stelsel voordoen.

¹¹⁷ Ibid., p. 96.

¹¹⁸ Ibid., p. 120. Een dergelijk probleem kan zich overigens ook in een volledig privaat stelsel voordoen.

¹¹⁹ Ibid., p. 140.

¹²⁰ Ibid.

aanbodzijde, omdat uit zijn onderzoek blijkt dat private toezichthouders minder bereid zijn om in opdracht van one-shotters te werken, vanwege de relatief geringe inkomsten en de moeilijkheden die een klant met geen verstand van zaken met zich brengt.¹²¹ Van der Heijden pleit daarom voor de ‘natuurlijke’ combinatie van publiek toezicht voor one-shotters en privaat toezicht voor frequent players.¹²² Het is echter de vraag of een dergelijke verdeling ook juridisch kan worden afgedwongen door bepaalde partijen uit te sluiten van publiek toezicht. Het in het bestuursrecht geldende gelijkheidsbeginsel¹²³, zou hier mogelijk aan in de weg kunnen staan. Indien voor een systeem als door Van der Heijden bepleit zou worden gekozen, kan dit aspect onderwerp zijn van nader onderzoek.

2.3 SPECIFIEKE STELSELS VAN PRIVATE BEOORDELING

In de vorige paragraaf is in algemene zin gesproken over de inzichten in de literatuur over vervanging van overheidstoezicht op naleving van het Bouwbesluit door een stelsel van private beoordeling van die naleving; thans komen twee specifieke stelsels van private beoordeling aan bod. Eerst wordt een stelsel besproken dat nog niet in de praktijk functioneert, het stelsel zoals door de Stichting Bouwkwaliiteit is geschetst in het rapport ‘De markt als toezichthouder. Private kwaliteitsborging in de bouw’. Vervolgens komt de beoordeling van nieuwbouwwoningen voor consumenten aan de orde, zoals die nu al in de praktijk plaatsvindt.

2.3.1 ‘De markt als toezichthouder. Private kwaliteitsborging in de bouw’

De Stichting Bouwkwaliiteit (SBK) heeft in 2012 een rapport uitgebracht waarin verslag wordt gedaan van een onderzoek naar ‘de eisen die moeten worden gesteld aan de instrumenten, die worden ingezet om op private wijze de kwaliteit van het bouwproces en daarmee het gebouw te borgen’.¹²⁴ Het rapport bevat een uitwerking van de visie op private kwaliteitsborging die door het ministerie van Binnenlandse Zaken bij SBK is neergelegd. Omdat dit rapport aanknopingspunten kan bieden voor de in par. 2.5 te formuleren praktische aspecten waar rekening mee moet worden gehouden bij het inrichten van een stelsel van private beoordeling, worden hier de bevindingen van SBK besproken. Het rapport biedt een leidraad voor de beoordeling van privaat toezicht en gaat voorts in op overheidsbetrokkenheid in de vorm van toezicht op het private deel van een duaal stelsel.

De drie uitgangspunten van het rapport van SBK zijn dat van een gerealiseerd bouwwerk ondubbelzinnig moet worden vastgesteld dat het voldoet aan de publiekrechtelijke voorschriften uit het Bouwbesluit, dat het duidelijk is wie (eind)verantwoordelijk is voor het voldoen aan de kwaliteitseisen voor het bouwwerk en dat de aansprakelijkheid wanneer niet aan de publiekrechtelijke voorschriften wordt voldaan, is geregeld.

¹²¹ Ibid.

¹²² Ibid., p. 1401-141.

¹²³ Zie hierover Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 323-326.

¹²⁴ SBK 2012, p. 6.

Na bespreking en verdere uitwerking van deze uitgangspunten¹²⁵ geeft SBK een ontwerp¹²⁶ van een stelsel van privaat toezicht dat uitgaat van drie risicoklassen (laag, midden, hoog), waarbij inschaling van een bouwwerk in een risicoklasse gekoppeld is aan het type bouwwerk. Vervolgens kan aan de hand van de risicoklassen gedifferentieerd gecontroleerd worden of een bouwwerk/project voldoet aan de criteria.

Per risicoklasse wordt vervolgens door SBK uitgewerkt op welke wijze de controleactiviteiten verricht moeten worden om te bepalen of een bouwwerk/project in een bepaalde risicoklasse aan de criteria voldoet.¹²⁷ De door SBK genoemde controleactiviteiten hebben, hoewel SBK die onderverdeling niet expliciet volgt, betrekking op kwaliteitssystemen, processen, producten (ontwerp, bouwwerk) en personen, en komt in die zin overeen met wat eerder genoemd is in paragraaf 2.1.1.

Hier wordt niet de uitwerking van SBK per risicoklasse beschreven, maar worden wel enkele concrete voorbeelden van voorgestelde maatregelen genoemd:

- Met betrekking tot het eerste hierboven genoemde uitgangspunt (de ondubbelzinnige vaststelling dat bouwwerken aan het Bouwbesluit voldoen) worden maatregelen genoemd als toetsing van ontwerp en uitvoering, het aantonen van borging van kwaliteit in organisatie door te verwijzen naar referentieprojecten en 'best practises' en het aantonen dat de ontwerper of uitvoerder voldoende deskundigheid en ervaring heeft.
- Met betrekking tot het tweede uitgangspunt (duidelijkheid van verantwoordelijkheid voor naleven Bouwbesluit) worden als maatregelen genoemd een heldere afspraak tussen de verschillende bij het bouwproces betrokken partijen en de waarborg dat een ontwerper of aannemer ook niet afwijkt van het Bouwbesluit indien er oneigenlijke druk op hem wordt uitgeoefend dat wel te doen.
- Met betrekking tot het derde uitgangspunt (aansprakelijkheid bij overtreding van het Bouwbesluit) wordt door SBK maatregelen voorgesteld als het bieden van garanties door bij het bouwproces betrokken partijen, het bieden van financiële zekerheid door die partijen en het opleggen van sancties (zoals de intrekking van een erkenning of een certificaat) indien een partij het Bouwbesluit overtreedt.

Het door SBK geschetste model, dat uitgaat van garanties op afbouw en herstel van strijdigheden met het Bouwbesluit, vertoont enige overeenstemming met de Garantien- en Waarborgregeling voor nieuwbouwwoningen voor consumenten. Op deze regeling, het bijbehorende kwaliteitsborgingstelsel en de betekenis daarvan voor dit onderzoek wordt nader ingegaan in paragraaf 2.3.2 en par. 3.4.5.5.

Voor wat betreft het toezicht op hierboven geschetste private stelsel, dat uitgevoerd zou moeten worden door een onafhankelijke organisatie, stelt SBK voor om dit te baseren op drie pijlers:

- 'het beoordelen en toelaten van instrumenten voor private kwaliteitsborging, ofwel het vaststellen van de lijst met instrumenten die de markt mag toepassen;
- monitoring van het gebruik van instrumenten in de praktijk;

¹²⁵ Zie SBK 2012., p. 22-24.

¹²⁶ SBK 2012, p. 27-29.

¹²⁷ Ibid., p. 32-36.

- privaat toezicht op marktpartijen die private instrumenten toepassen: zijn er mechanismes om onjuist gebruik van instrumenten te signaleren en zo nodig sancties toe te passen?’¹²⁸

2.3.2 Nieuwbouw van woningen voor consumenten: Woningborg en SWK

Bij de nieuwbouw van woningen voor consumenten vindt in de praktijk al een private beoordeling van conformiteit aan de normen van het Bouwbesluit plaats. Er zijn twee organisaties die zich bezighouden met deze private beoordeling, Woningborg en SWK, en deze organisaties verrichten niet alleen een controle maar bieden middels een verzekering ook de garantie dat de door hun gekeurde woningen voldoen aan het Bouwbesluit.

Woningborg

De hier volgende beschrijving van het toezicht zoals dat door Woningborg op dit moment wordt uitgevoerd is gebaseerd op een interview dat is gehouden met twee vertegenwoordigers van Woningborg. Er kan in het systeem dat Woningborg hanteert een onderscheid worden gemaakt tussen toezicht op de onderneming en toezicht op het bouwproject.

Woningborg: Toezicht op de onderneming

De beoordeling van de onderneming vindt voor de eerste maal plaats bij inschrijving. Daarbij wordt aandacht besteed aan systemen en processen van het bedrijf, de aanwezigheid van een KAM-coördinator, kennis en ervaring binnen de organisatie, specialisaties op bepaalde deelterreinen (bijv. woningbouw). Woningborg gebruikt hier een checklist voor. Deze beoordeling stelt Woningborg in staat om risicogestuurd maatwerk te leveren bij de tweede pijler van het toezicht.

Woningborg: Toezicht op het bouwproject

Het toezicht op het bouwproject bestaat uit controle van bouwplannen en steekproefsgewijs toezicht op de bouwplaats. De toetser van het bouwplan en de buitentoezichthouder zijn niet een en dezelfde persoon. Over het voldoen aan de relevante artikelen van het Bouwbesluit wordt artikelsgewijs gerapporteerd. In de praktijk komt het voor dat voor een bouwplan wel een vergunning is verleend, terwijl dit niet door de toetsing van Woningborg komt. Het is dan een kwestie van het overtuigen van de aanvrager van het certificaat om deze te bewegen gehoor te geven aan het oplossen van de onvolkomenheden die Woningborg heeft gesignaleerd; de ervaring leert dat daar uiteindelijk wel overeenstemming over wordt bereikt. De ervaringen met het toezicht op de bouwplaats leveren weer input voor de hierboven genoemde eerste pijler van het toezicht. Het sluitstuk van het systeem wordt gevormd door het feit dat Woningborg ook de verzekering biedt voor de gecertificeerde bouwwerken. Dat maakt dat Woningborg een ondernemer die weigerachtig blijft om de bevindingen van het toezicht na te leven kan uitschrijven. In de verzekering is voorts het grote belang van Woningborg gelegen dat de bouwwerken daadwerkelijk voldoen aan de eisen. In de ervaringen van Woningborg is van een oneigenlijke druk op de

¹²⁸ Ibid., p. 40.

toezichthouders¹²⁹, waarvan in de literatuur over het buitenland melding wordt gemaakt, geen sprake. Het bestaan van de verzekering, nodig voor de gecontroleerde die daarvoor afhankelijk is van Woningborg, lijkt daartegen te waken.

Stelsel in ontwikkeling door Woningborg¹³⁰

Woningborg is ten tijde van het schrijven van dit rapport met behulp van o.a. een pilotproject in Eindhoven bezig samen met andere partijen een landelijk open toezichtmodel te ontwikkelen. Dit model ziet er in hoofdlijnen als volgt uit. Het idee is dat dit de gemeentelijke plantoetsing op grond van het Bouwbesluit en het gemeentelijke toezicht tijdens de uitvoering op termijn kan gaan vervangen. Bouwwerken kunnen worden onderverdeeld in drie risicoklassen, afhankelijk van de complexiteit van het bouwwerk en de ernst en hoogte van eventuele gevolgen van fouten. In de zwaarste risicoklasse dient een zware vorm van toezicht te bestaan en kan het toezicht dat TIS-bureaus houden een rol krijgen. In de lagere risicoklassen is een lichtere vorm van toezicht geïndiceerd en kan het toezicht zoals dat nu door Woningborg wordt uitgevoerd een rol spelen. Woningborg zal dan niet slechts steekproefsgewijs met een checklist toezicht houden in de uitvoeringsfase, maar gebruik maken van het CBK-toezichtprotocol dat is ontwikkeld voor BWT en indien gewenst een toezichtniveau het Bouwbesluit overstijgend worden aangeboden. Indien in een feitelijke situatie handhaving vereist is, zal de toezichthouder verplicht zijn dit te melden bij de gemeente. Doordat zowel in het Woningborg-systeem, als het TIS-systeem (wanneer de inzet van de TIS gecombineerd wordt met een Verborgten Gebreken Verzekering¹³¹) een verzekerde garantie bestaat, ontstaat er een prikkel om effectief toe te zien op naleving. Het is uitdrukkelijk de bedoeling een open stelsel te introduceren, waarin iedere partij die aan de voorwaarden voldoet zich voor het toezicht in een bepaalde risicoklasse kan laten certificeren of erkennen. Wat ontwikkeld wordt, is dus niet een 'product' dat alleen aan Woningborg toebehoort.

SWK

Het toezicht zoals dat door SWK wordt gehouden, kent andere uitgangspunten dan het toezicht dat door Woningborg wordt gehouden. Het toezicht dat SWK uitoefent op leden vindt namelijk in beginsel in de uitvoeringsfase niet op productniveau plaats. Het is 'principle based' als tegengesteld aan 'rule based'. Daarmee wordt bedoeld, dat vooral gekeken wordt naar de 'performance' van de deelnemende organisaties over een lange periode van soms wel 30 jaar. Bij 'rule based' gaat men veel concreter te werk en kijkt men naar de plannen die daadwerkelijk uitgevoerd worden. Aspecten die bij de 'principle based' controle door SWK van belang zijn, zijn de faalkosten en het kwaliteitsmanagement dat gehanteerd wordt. Daarbij wordt voorts gebruik gemaakt van een risicoschaal: al naar gelang de risico's groter zijn, vindt een zwaardere toets plaats. Het meest risicovol zijn in het algemeen de gebouwen met een hoogte van 70 meter of meer. Aan de andere kant van het spectrum bevindt zich een klein project van laagbouw van enkele woningen. Ook wordt expliciet gekeken naar klachten die SWK bereiken na oplevering (van consumenten). Naarmate de risico's groter zijn wordt bovendien de kans groter dat er een (steekproefsgewijze) bouwplantoets plaatsvindt. Er vindt dus in sommige gevallen wel controle op projectniveau plaats.

Nieuwkomers worden beoordeeld op basis van hun trackrecord en verschillende eisen op financieel gebied, de technische processen en de cultuur in de onderneming. Bij

¹²⁹ Zie hierover par. 2.2.3.

¹³⁰ Deze tekst zal op een later moment mogelijk nog aangepast of uitgebreid worden, naar aanleiding van deelname aan een door Woningborg over dit onderwerp georganiseerde Expertmeeting.

¹³¹ Zie over de Verborgten Gebreken Verzekering par. 3.4.5.6.

nieuwkomers vindt ook een of meer keer projectmatig controle plaats of aan het Bouwbesluit wordt voldaan en voorts wordt een risicotoets uitgeoefend op de uitvoering, de naleving van het Bouwbesluit, gebruikte materialen, de uitvoering en of de verkoopdocumentatie (waaronder de contractuele stukken) voldoen aan de daaraan te stellen eisen mede in het zicht van de verzekering die door SWK wordt geboden.

2.4 TUSSENCONCLUSIE

In de voorgaande paragrafen in dit hoofdstuk zijn verschillende voor- en nadelen, voorwaarden, condities, ervaringen met en plannen voor private beoordeling, certificering, en systeemtoezicht aan de orde gekomen. In deze paragraaf worden de bevindingen in een tussenconclusie samengevat, waarna in de volgende paragraaf op de meer praktische aspecten van de inrichting van een stelsel van private beoordeling zal worden ingegaan.

De keuze voor private beoordeling

In paragraaf 2.1.1 bleek dat de motivatie tot zelfregulering van belang is voor succesvol systeemtoezicht. Die motivatie is onder meer afhankelijk van factoren als de complexiteit van de markt en de mogelijkheid om negatieve effecten (schade) van het nemen van risico af te wentelen. Deze factoren zijn mogelijke indicaties die tegen systeemtoezicht in de bouwsector pleiten. Voorts is de kwaliteit van het interne borgingssysteem van groot belang, omdat het systeemtoezicht daarop leunt.

Bij de afweging om private beoordeling toe te passen, die feitelijk al plaats vond bij de keuze voor een duaal stelsel, kan op basis van het in par. 2.1.2 aangehaalde afwegingskader en de daar genoemde Tafel van Elf bepaald worden wat het verwachte succes van private beoordeling zal zijn. In het afwegingskader komt bijvoorbeeld tot uitdrukking dat private beoordeling succesvoller zal zijn naarmate er druk is vanuit de maatschappij en de eigen branche, de houding en kennis van betrokken partijen in de branche en de kosten die private beoordeling voor partijen met zich brengt. De Tafel van Elf benadrukt vooral dat de keuze voor een bepaalde vorm van handhaving aan moet sluiten bij een inschatting van de nalevings- en overtredingsmotieven in de sector. Hoewel een analyse van de in het afwegingskader genoemde succesfactoren en een inschatting van de nalevings- en overtredingsmotieven veel licht zou kunnen werpen op de vraag of en zoja welk instrument van private beoordeling het meest aangewezen is, ontbreekt het in het bestek van dit onderzoek aan de mogelijkheden om daadwerkelijk een dergelijke analyse en inschatting te geven.

In par. 2.1.3 zijn enkele algemene voor- en nadelen van private beoordeling genoemd, waarbij de voorlopige conclusie was dat gezien die voor- en nadelen private beoordeling in het bouwproces als kansrijk moet worden gezien. Wel is van belang dat onder meer de betrouwbaarheid van private beoordelingen een mogelijk nadeel werd genoemd. Dit aspect verdient dus aandacht in de uitwerking van een concreet stelsel van private beoordeling.

Private beoordeling als vervanging van nalevingstoezicht door de overheid: een schets

In 2.2.2 kwam het begrippenapparaat rond private beoordelingen en certificering aan de orde en voorts dat private beoordelingen op verschillende niveaus (product, proces, systeem en persoon) kunnen worden uitgevoerd. Een ander onderscheid dat gemaakt

kan worden in het definiëren van verschillende soorten private beoordelingen is of de private beoordelingsinstantie zelf ook onder een vorm van (onafhankelijk) toezicht staat. Er zal een keuze moeten worden gemaakt voor een van de in par. 2.2.1 besproken toepassingsvarianten en voorts werd duidelijk dat de overheid nooit afstand kan doen van al haar verantwoordelijkheden.

De kritische geluiden rond de vraag of private beoordelingsmethoden zoals certificering een volwaardige vervanging van nalevingstoezicht door de overheid kunnen vormen, kwam aan bod in par. 2.2.3. Ook daar werd uitgebreid aandacht gevraagd voor de betrouwbaarheid van private beoordelingen en mogelijke oplossingsrichtingen om die betrouwbaarheid te waarborgen. Voorts werd gewezen op de risico's die gepaard gaan met een duaal overgangsstelsel, omdat daar naar alle waarschijnlijkheid in ieder geval in een bepaalde periode sprake van zal zijn, indien er daadwerkelijk een systeem van private beoordeling wordt ingevoerd. Tot slot werd aandacht besteed aan het perspectief van de burger ten opzichte van dat van professionele partijen. Uit het onderzoek van Van der Heijden volgt dat toezicht door de overheid beter aansluit bij de behoefte van de burger en dat toezicht door private partijen beter aansluit bij de behoefte van professionele partijen.

Specifieke stelsels van private beoordeling

Het rapport van SBK kwam in par. 2.3.1 aan bod. Daarin werd gepleit voor een systeem van private kwaliteitsborging, gebruik makend van verschillende toetsniveaus, met verschillende eisen aan de kwaliteitsborging afhankelijk van verschillende risicoklassen. Bovendien wordt door SBK een tweedelijnstoezicht door een boven de partijen staande instelling bepleit.

In par. 2.3.2 wordt de vraag besproken hoe Woningborg en SWK op dit moment omgaan met het toezicht op de naleving van Bouwbesluitnormen. Bij Woningborg vindt toezicht op verschillende niveaus plaats (systemen en processen bij de onderneming en ook op productniveau van het ontwerp en het bouwwerk). Een extra waarborg voor een goede en kritische beoordeling van Woningborg wordt gevormd door de verzekering die Woningborg afgeeft aan de consument dat de woning voldoet aan het Bouwbesluit. Bij SWK vindt in beginsel geen toezicht op productniveau plaats. Conformiteit aan de normen van het Bouwbesluit wordt ook bij controle door SWK verzekerd, alleen niet door SWK zelf, maar door een verzekeringsmaatschappij.

Conclusie

De voorgaande bevindingen brengen met zich dat een systeem van private beoordelingen met voldoende waarborgen omkleed zal moeten zijn om een betrouwbaar alternatief te vormen voor publiek toezicht. In de volgende paragraaf zal verder worden ingegaan op de praktische aspecten bij de inrichting van een dergelijk stelsel.

2.5 PRIVATE BEOORDELING ALS VERVANGING VAN OVERHEIDSTOEZICHT: PRAKTISCHE ASPECTEN

In deze paragraaf wordt ingegaan op het private spoor binnen een duaal stelsel van beoordeling van de naleving van het Bouwbesluit. Het pleidooi voor een symbiotisch

organisatiesysteem van Van der Heijden¹³² en andere meer concrete vragen die samenhangen met het duale karakter van het driejarig stelsel zoals genoemd in de brief van de Minister van Binnenlandse Zaken van 15 december 2011¹³³ worden daarom in deze paragraaf buiten beschouwing gelaten.

Een stelsel van private beoordeling zal zich moeten richten op de verschillende functies die door partijen in het bouwproces worden uitgeoefend, de niveaus waarop de private beoordeling dient plaats te vinden en op het feit dat verschillende (soorten) gebouwen risico's van verschillende aard en omvang met zich brengen. Op deze drie aspecten zal hieronder eerst worden ingegaan. Vervolgens wordt aandacht besteed aan mogelijke relevante Europeesrechtelijke bepalingen (opgenomen in de Dienstenrichtlijn) die van invloed kunnen zijn op de inrichting van het stelsel. Tot slot wordt kort aandacht gevraagd voor het monitoren van een stelsel van private beoordeling in de praktijk en wordt afgesloten met een conclusie.

Functies

Voor een maximale waarborg van naleving van het Bouwbesluit dient op alle belangrijke activiteiten in het bouwproces een beoordeling plaats te vinden. Dit houdt in dat zowel partijen die een ontwerp- of adviesfunctie vervullen en de door die partijen verrichte activiteiten, als de aannemers en de door hen verrichte activiteiten onderwerp van private beoordeling dienen te zijn.

De private beoordelingsinstanties vervullen zelf ook een rol in het bouwproces en dienen daarom zelf ook aan bepaalde vereisten te voldoen en aan toezicht daarop onderhevig te zijn.

Toetsniveaus

Uit de tussenconclusie geformuleerd in paragraaf 2.4 wordt duidelijk dat een privaat beoordelingssysteem met voldoende waarborgen omkleed zal moeten zijn om effectief te kunnen functioneren. Uit de ervaringen van overheidsopdrachtgevers blijkt dat een toetsing op drie niveaus (systeem, proces en product)¹³⁴ de beste mogelijkheden biedt om tot een effectief toezicht te komen.¹³⁵ Een dergelijk systeem sluit ook goed aan op het systeem van Woningborg, dat zich ten dele al bewezen heeft. Voorts kan nog opgemerkt worden dat een toetsing op drie niveaus aansluit op hetgeen SBK voorstelt in het rapport 'De markt als toezichthouder'. Daarin wordt immers voorgesteld om niet alleen naar het productniveau te kijken, maar ook naar kwaliteitsbeleid, kwaliteitsinstructies, kwaliteitshandboeken, deskundigheid, opleiding, kennis en ervaring.¹³⁶

Een toetsing op alleen systeem- en eventueel procesniveau biedt minder waarborgen dan wanneer ook een toets op productniveau wordt uitgevoerd. In de literatuur over systeemtoezicht wordt dan ook verdedigd dat voldoende realitychecks nodig zijn om ervoor te zorgen dat er geen papieren werkelijkheid ontstaat.¹³⁷ Toetsing op drie niveaus lijkt dus het beste resultaat te geven en is daarom het meest gewenst in een systeem van private beoordelingen.

¹³² Zie par. 2.2.3.

¹³³ Kamerstukken II 2011/12, 28 325, nr. 146, p. 2.

¹³⁴ Onder een toetsing op systeem- en procesniveau kan ook het voorgeschreven zijn van het inschakelen van een in bepaalde mate gekwalificeerd persoon respectievelijk het daadwerkelijk inschakelen van een in bepaalde mate gekwalificeerd persoon worden begrepen.

¹³⁵ Zie Favié 2010, Rijkswaterstaat, *Systeemgerichte contractbeheersing Anno 2011*, p. 11-12.

¹³⁶ SBK 2012, p. 32-36.

¹³⁷ Helderma en Honingh 2009, p. 101. Zie ook Van der Heijden 2009, p. 72, 75

Binnen deze drie toetsniveaus is een verdere tweedeling te maken tussen toetsing op systeem- en procesniveau, die feitelijk betrekking heeft op de wijze waarop de betrokken ontwerper/bouwer een ontwerp/bouwwerk conform het Bouwbesluit maakt en een toetsing op productniveau, die betrekking heeft op de daadwerkelijke conformiteit van het ontwerp/bouwwerk aan het Bouwbesluit.

Nu de drie toetsniveaus zijn gedefinieerd en daar een tweedeling in is gemaakt, staat men voor de vraag of de toetsen per individueel project dienen te worden uitgevoerd of dat de toetsing periodiek dient plaats te vinden en algemeen van aard dient te zijn en niet toegespitst op een specifiek project. Voor de toetsing op systeem- en procesniveau ligt het meer voor de hand om toetsing niet per project te laten plaatsvinden dan voor de toetsing op productniveau. Kwaliteitssystemen en de daarbij behorende processen in verschillende projecten zullen immers waarschijnlijk in enige mate op elkaar lijken, waardoor een periodieke beoordeling wellicht voldoende is, terwijl er op productniveau vaak grotere verschillen tussen projecten zullen zitten en dus projectspecifiek een beoordeling plaats zal moeten vinden.

Risicoklassen

Het volgende punt dat onder ogen gezien moet worden bij het creëren van een nieuw systeem van controle is de indeling in risicoklassen.¹³⁸ Er worden bouwprojecten van zeer verschillende omvang en complexiteit en met zeer verschillende risico's gerealiseerd. Als gevolg daarvan is het belangrijk dat er bij het toezicht 'maatwerk' wordt geleverd. Bij een klein en risicoloos bouwproject is een zware vorm van toezicht duur en overbodig. Bij een groot en complex bouwproject kan een lichte vorm van toezicht onvoldoende zijn om alle risico's af te dekken. De indeling in drie verschillende risicoklassen, die SBK maakt, kan hier een uitkomst bieden. Naarmate het risico toeneemt, kunnen dan meer eisen worden gesteld aan de toetsen die op de verschillende niveaus worden uitgevoerd. Denkbaar is ook dat toetsing op een bepaald niveau in een lichte risicoklasse achterwege blijft.

Een andere mogelijkheid om de risicoklassen verschillend te benaderen is het gebruik van de verschillende in par. 2.2.2 genoemde toepassingsvarianten. Er zou bijvoorbeeld voor de zwaarste risicoklasse(n) gedacht kunnen worden aan een variant waarin de overheid zich het recht voorbehoudt om aanvullend op de private beoordeling zelf een controle uit te voeren op de naleving van (een gedeelte van) het Bouwbesluit of waarin altijd aanvullend overheidstoezicht plaatsvindt. Per risicoklasse of voor het gehele stelsel zal in ieder geval een keuze gemaakt dienen te worden voor een toepassingsvariant.

De Dienstenrichtlijn

De Richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006¹³⁹ heeft als doel het bevorderen van een concurrerende dienstenmarkt binnen de Europese Unie door dienstverrichters in staat te stellen om van de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van diensten gebruik te kunnen maken.¹⁴⁰ Het begrip 'dienst' is in de Richtlijn ruim gedefinieerd (elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, zoals bedoeld in artikel 50 van het Verdrag)¹⁴¹ en de Richtlijn heeft dan ook

¹³⁸ Ibid., p. 30-36.

¹³⁹ Een richtlijn is een rechtsinstrument van de Europese Unie dat verbindend is ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties bij het nakomen van hun verplichtingen de bevoegdheid laat om vorm en middelen te kiezen. Zie W.T. Eijsbouts e.a. (red.), *Europees Recht – Algemeen Deel*, Groningen: Europa Law Publishing 2012, p. 56.

¹⁴⁰ Richtlijn 2006/123/EG, *PbEU* L376/36-37, overweging 2, 5.

¹⁴¹ Art. 4 aanhef en onder 1 Richtlijn 2006/123/EG.

onder meer betrekking op diensten in de vastgoedsector en bouwsector, met inbegrip van de diensten van architecten.¹⁴² De Dienstenrichtlijn is daarom van belang voor een stelsel van private beoordelingen, omdat daarin op nationaal niveau eisen worden gesteld aan partijen die binnen dat stelsel diensten verrichten.

Art. 9 van de Richtlijn bepaalt dat lidstaten de uitoefening van een dienstenactiviteit niet afhankelijk mogen stellen van een vergunningstelsel tenzij het vergunningstelsel geen discriminerende werking heeft jegens de betrokken dienstverrichter, de behoefte aan een vergunningstelsel gerechtvaardigd is om een dwingende reden van algemeen belang¹⁴³ en het nagestreefde doel niet door een minder beperkende maatregel kan worden bereikt, met name omdat een controle achteraf te laat zou komen om werkelijk doeltreffend te zijn. Onder een vergunningstelsel moet volgens art. 4 aanhef en onder 6 van de Richtlijn worden verstaan:

‘elke procedure die voor een dienstverrichter of afnemer de verplichting inhoudt bij een bevoegde instantie¹⁴⁴ stappen te ondernemen ter verkrijging van een formele of stilzwijgende beslissing over de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit.

Enkele van de hierboven geschetste praktische aspecten van een stelsel van private beoordelingen lijken een vergunningstelsel als bedoeld in de Dienstenrichtlijn in te houden. Dit heeft tot gevolg dat bij de verdere uitwerking zal moeten worden beoordeeld of voldaan is aan de voorwaarden van artikel 9 van de Richtlijn en dat voorts bij de inrichting van het stelsel van private beoordeling voldaan moet worden aan de overige regels die de Richtlijn stelt met betrekking tot de vergunningeisen, de vergunningduur, de vergunningprocedure (bij één loket), rekeninghouden met eisen waaraan de dienstverrichter in land van oorsprong moet voldoen, etc.

In de praktijk

Tot slot is nog het volgende van belang. Over een brede toepassing van het hierboven beschreven private beoordelingsstelsel is weinig empirisch materiaal bekend. Het is daarom van belang dat de effecten van een privaat beoordelingsstelsel, wanneer het wordt ingevoerd, zorgvuldig gemonitord worden, zodat bij de overheid een duidelijker beeld ontstaat van hoe het stelsel in de praktijk werkt en of het door ongewenste effecten aanpassing behoeft.¹⁴⁵

Conclusie

De in dit hoofdstuk beschreven bevindingen wijzen erop dat vanuit een oogpunt van het voorkomen van bouwfouten, idealiter een stelsel van private c.q. publieke beoordeling ingericht wordt, waarin alle functies in de bouw (ontwerpen/adviseren en realiseren) worden onderworpen aan een allesomvattend systeem van controle. Daarmee wordt

¹⁴² Richtlijn 2006/123/EG, *PbEU* L376/40, overweging 33.

¹⁴³ Onder dwingende redenen van algemeen belang moet volgens art. 4 aanhef en onder 8 worden verstaan: ‘redenen die als zodanig zijn erkend in de rechtspraak van het Hof van Justitie; waaronder de volgende gronden: openbare orde, openbare veiligheid, staatsveiligheid, volksegzondheid, handhaving van het financiële evenwicht van het sociale-zekerheidsstelsel, bescherming van consumenten, afnemers van diensten en werknemers, eerlijkheid van handelstransacties, fraudebestrijding, bescherming van het milieu en het stedelijk milieu, diergezondheid, intellectuele eigendom, behoud van het nationaal historisch en artistiek erfgoed en doelstellingen van het sociaal en het cultuurbeleid.

¹⁴⁴ Onder bevoegde instantie moet volgens art. 4 aanhef en onder 9 worden verstaan: ‘elk orgaan of autoriteit dat in een lidstaat een toezichthoudende of regelgevende rol vervult ten aanzien van dienstenactiviteiten, met name bestuurlijke instanties, met inbegrip van rechterlijke instanties die als zodanig optreden, beroepsorden en de beroepsverenigingen en – organisaties of andere beroepsorganisaties die in de uitoefening van hun juridisch autonome bevoegdheden de toegang tot of de uitoefening van dienstenactiviteiten collectief reguleren.

¹⁴⁵ Zie ook Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 58.

bedoeld dat de personen die een functie in het bouwproces vervullen op verschillende manieren gecontroleerd worden:

- Door middel van systeemtoetsen¹⁴⁶, waarmee vastgesteld kan worden of het systeem van kwaliteitsborging van de bij een bouwproces betrokken partijen voldoet.
- Door middel van procestoetsen, waarmee vastgesteld kan worden of de processen die moeten leiden tot een product met de vereiste kwaliteit, ook daadwerkelijk plaatsvinden en uitgevoerd worden.
- Door middel van producttoetsen, waarmee vastgesteld kan worden of de opgeleverde ontwerpen en bouwwerken ook daadwerkelijk voldoen aan het Bouwbesluit, zoals het gevolg zou moeten zijn van het volgen van het kwaliteitssysteem en het uitvoeren van de daarin beschreven processen.

Wanneer dit raamwerk van alle mogelijke controles er is, is er een volledige vervanging van het toezicht zoals dat door de gemeente op de naleving van het Bouwbesluit wordt uitgevoerd.¹⁴⁷ In de nu volgende subparagrafen wordt van de verschillende functies in beeld gebracht wat er al is aan beoordelingsinstrumenten op de verschillende toetsniveaus.

2.5.1 Private beoordeling van ontwerpactiviteiten

In de vorige subparagraaf kwam aan de orde dat private beoordeling per functie en activiteit op verschillende niveaus plaats dient te vinden en met mogelijkheid tot differentiatie per risicoklasse. In deze paragraaf wordt geïnventariseerd welke instrumenten er reeds aanwezig zijn voor de beoordeling van ontwerpactiviteiten en ontwerpers, die invulling geven aan een gedeelte van de hierboven beschreven aspecten van een stelsel van private beoordeling. In deze subparagraaf wordt eerst ingegaan op beoordeling van ontwerpende partijen ook wel adviseurs genoemd (architecten, raadgevend ingenieurs), omdat de werkzaamheden van die partijen het eerst plaatsvinden in het bouwproces.

2.5.1.1 Systeem- en procesniveau: wat is er al?

Eerst wordt hier ingegaan op de architectentitel en het constructeursregister. Vervolgens wordt kort aandacht besteed aan algemene ISO-certificering.

Architecten

De architectentitel is in Nederland beschermd. Op grond van artikel 23 van de Wet op de Architectentitel is een persoon alleen gerechtigd de titel van architect te voeren, indien hij als zodanig staat ingeschreven bij het bureau architectenregister, een zelfstandig bestuursorgaan dat is belast met de registratie van architecten. Een inschrijving in het register wordt in beginsel alleen geaccepteerd indien voldaan wordt aan de in de wet genoemde opleidingsvereisten, die inhouden dat een masteropleiding aan een universiteit of hogeschool of een daarmee gelijk te stellen binnenlandse of buitenlandse

¹⁴⁶ Waaronder mede wordt verstaan het voorschrijven van de inzet van gekwalificeerde personen.

¹⁴⁷ En mogelijk is er dan een betere vervanging van het gemeentelijke toezicht, omdat dat, zeker de laatste jaren, niet zo uitgewerkt was.

instelling dient te zijn afgerond.¹⁴⁸ Vanaf 1 januari 2015 is daarboven ook nog het doorlopen van een tweejarige beroepservaringperiode een vereiste voor inschrijving.¹⁴⁹ De titel van architect kan daarom als een kwaliteitsaanduiding worden beschouwd die wordt verstrekt op basis van een beoordeling van opleiding en beroepservaring.¹⁵⁰ Doelstelling van de wet op de architectentitel is dan ook onder meer:

1. *Kwaliteitsborging*: Waarborgen dat vormgevers van stad en land voldoende zijn opgeleid om vakbekwaam hun werk te doen.
2. *Bescherming van opdrachtgevers*: Indien de opdrachtgever een geregistreerde ontwerper inschakelt mag hij ervan uitgaan dat deze beschikt over voldoende deskundigheid om de opdracht te realiseren.¹⁵¹

Voor architectenbureaus geldt voorts dat zij alleen maar 'architectenbureau' genoemd mogen worden, indien de bestuurder van dat bureau of ten minste de helft van de bestuurders gerechtigd is de titel van architect te voeren.¹⁵²

Het is in Nederland, anders dan in België bijvoorbeeld¹⁵³, niet verplicht om een architect in te schakelen bij een bouwproject waarvoor een vergunning vereist is.

Ingenieurs

Hoewel de titel constructeur niet beschermd is in Nederland, bestaat er sinds 2008 wel een constructeursregister. Dit register is een initiatief van de Vereniging Bouwen met Staal en de Betonvereniging.¹⁵⁴ Door een toetsingscommissie wordt op basis van kennis- en ervaringseisen door middel van een administratieve toetsing en eventueel een assessmentgesprek met de betreffende persoon vastgesteld of een persoon in aanmerking komt voor inschrijving in het register als register constructeur of registerontwerper. Het register beoogt de professionaliteit van constructeurs te erkennen, meetbaar en zichtbaar te maken.

De kenniseisen waaraan een ingeschreven constructeur dient te voldoen zijn niet precies omschreven op kwalitatief niveau omschreven, maar wel op kwantitatief niveau aan de hand van een puntensysteem. Voor inschrijving is vereist dat een bepaalde score wordt gehaald in een puntensysteem dat aan opleidingen, cursussen en andere kennisgerelateerde activiteiten een aantal punten ('kenniseenheden') toekent.¹⁵⁵ Ook voor de ervaringseisen dienen ingeschreven constructeurs een bepaalde score ('ervaringseenheden') aan te tonen.¹⁵⁶

Algemeen

¹⁴⁸ Art. 9 van de Wet op de architectentitel. Inschrijving staat echter ook open voor een persoon die zich door de kwaliteit van zijn prestaties op het betreffende gebied naar het oordeel van het bureau Architectenregister in het bijzonder heeft onderscheiden (art. 12a Wet op de architectentitel) en voor een persoon die een succesvol examen aflegt en ten genoegen van het bureau Architectenregister aantoon gedurende ten minste zeven jaar werkzaam te zijn geweest op het gebied waarop hij het examen wenst af te leggen (art. 12b Wet op de architectentitel).

¹⁴⁹ Art. 12d jo. 12e van de Wet op de architectentitel.

¹⁵⁰ Of de kwaliteit van een bouwplan in de praktijk daadwerkelijk hoger ligt bij de inschakeling van een architect is de onderzoekers niet bekend. Voor die conclusie zouden empirische gegevens vereist zijn.

¹⁵¹ Zie <https://www.architectenregister.nl/de_wet/index.aspx>.

¹⁵² Art. 23a lid 1 van de Wet op de architectentitel.

¹⁵³ Zie art. 4 van de Wet op de bescherming van den titel en van het beroep van architect.

¹⁵⁴ <www.constructeursregister.nl>

¹⁵⁵ Zie voor de vraag hoeveel kenniseenheden aan welke kennisactiviteiten worden toegekend <<http://www.constructeursregister.nl/info/toelatingseisen/>>.

¹⁵⁶ Zie voor de vraag hoeveel ervaringseenheden aan welke werkervaring worden toegekend <<http://www.constructeursregister.nl/info/toelatingseisen/>>.

Voorts is ook voor in de bouw actieve bedrijven certificatie op basis van de ISO-9000 normen mogelijk. Deze ISO- normen hebben betrekking op kwaliteitssystemen, maar zijn algemeen van aard en niet toegesneden op een bepaalde sector. Het belang van alleen algemene ISO-9000 certificatie moet volgens critici echter niet worden overschat.¹⁵⁷

Tot slot is er nog een aantal certificeringsachtige instrumenten dat betrekking heeft op specifieke werkzaamheden, zoals de Gezamenlijke Erkenningregeling van Architecten werkzaam in de Restauratie.

2.5.1.2 Productniveau: wat is er al?

Toetsing op productniveau van ontwerpen en adviezen vindt op dit moment plaats door Technical Inspection Service-bureaus (TIS-bureaus). De TIS is een vrij zwaar toetsinstrument dat tot nu toe vooral wordt ingezet voor infrastructurele projecten. Uit de bij CROW¹⁵⁸ verkrijgbare modelvraagspecificatie voor opdrachtgevers van TIS-werkzaamheden blijkt dat een van de punten waarop een TIS controle kan uitvoeren het 'voldoen van het ontwerp en het bouwwerk aan het bouwbesluit' is.¹⁵⁹

Een lichter instrument is de gecertificeerde bouwbesluittoets. Bij deze toets wordt door een gecertificeerde¹⁶⁰ partij beoordeeld of een ontwerp voldoet aan de voorschriften van het Bouwbesluit. Er zijn in Nederland al pilots geweest waarbij deze vorm van beoordeling de gemeentelijke Bouwbesluittoets vervangt.

2.5.2 Private beoordeling van aannemers

In deze subparagraaf komt de private beoordeling van aannemers aan bod.

2.5.2.1 Systeem- en procesniveau: wat is er al?

Voor aannemers geldt evenals voor ontwerpende partijen dat certificatie op basis van de ISO-normen mogelijk is. Het belang van alleen algemene ISO-certificatie moet volgens critici echter niet worden overschat.¹⁶¹ Daarnaast is er nog een aantal

¹⁵⁷ In het onderzoek naar de problemen bij het Bos en Lommerplein concludeerde de onderzoekscommissie: 'Een ISO 9001-certificaat moet garanderen dat een bedrijf ordelijke procedures doorloopt, maar garandeert niet de kwaliteit van het eindproduct. De onderzoekscommissie zet grote vraagtekens bij de betekenis van een ISO 9001-certificering voor de kwaliteitszorg van bouworganisaties. Onderzoekscommissie Bos en Lommerplein, *Gebroken hart. Hoofdrapport van de Onderzoekscommissie Bos en Lommerplein*, Amsterdam 2007, p. 74.

¹⁵⁸ Een kennisinstituut op het gebied van onder meer de bouw, zie <www.crow.nl>.

¹⁵⁹ TIS Branchevereniging, Vraagspecificatie werkzaamheden t.b.v. Technical Inspection Service, Versie 2.1 04-05-2012, p. 7. Overige daar genoemde controlepunten zijn: de constructieve veiligheid van de bouwwerken na oplevering, de waterdichtheid na oplevering van gevels, buitenmuren en daken boven maaiveld (en niet onderhevig aan waterdruk), de waterdichtheid na oplevering van de delen van het bouwwerk onder maaiveld of onderhevig aan waterdruk (kelders, tunnels, ...), de technische installaties, de afbouw, de sterkte en stijfheid van de bouwwerken in de uitvoeringsfase, de sterkte en stijfheid van de bouwwerken tijdens de sloopwerken, de sterkte en stijfheid van bestaande en aangrenzende bouwwerken, invloed van de uitvoering op de omgeving, de contractueel geëiste duurzaamheid, het dynamische en trillingsgedrag, de brandveiligheid, bepaalde werkingsprestaties van technische uitrustingen, energiezuinigheid, geschiktheid voor beoogd gebruik (fit for purpose), beoordeling van de (constructieve veiligheid) van hulpconstructies, toegankelijkheid, gebouwgebonden klimaatinstallaties, bouwfysica, ICT-huisvesting en bekabelingsinfrastructuur.

¹⁶⁰ Zie voor de vraag wat dat certificaat precies inhoudt par. 2.5.3.3.

¹⁶¹ In het onderzoek naar de problemen bij het Bos en Lommerplein concludeerde de onderzoekscommissie: 'Een ISO 9001-certificaat moet garanderen dat een bedrijf ordelijke procedures doorloopt, maar garandeert niet de kwaliteit van

certificeringsachtige instrumenten dat betrekking heeft op specifieke werkzaamheden, zoals het asbestverwijderingscertificaat, of op specifieke deelonderwerpen, zoals het VCA-certificaat.

De titel aannemer is niet beschermd. In beginsel kan iedereen zich aannemer noemen en aannemerswerkzaamheden uitvoeren.

2.5.2.2 Productniveau: wat is er al?

Ook voor toetsing op productniveau van uitvoeringswerkzaamheden is de TIS een instrument dat kan worden ingezet. Zie over de TIS ook par. 2.5.1.2.

Voorts kan toezicht in de uitvoeringsfase plaatsvinden door daartoe gecertificeerde¹⁶² partijen. Het toezicht dat tot nu toe gecertificeerd plaats vindt is privaatrechtelijk van aard. Er zijn voor zover de onderzoekers bekend nog geen landelijke proeven geweest waarin gemeentelijk uitvoeringstoezicht vervangen werd door gecertificeerd uitvoeringstoezicht door private partijen.

2.5.3 Welke eisen worden gesteld aan partijen die conformiteitsbeoordelingen uitvoeren bij ontwerpende partijen en aannemers?

Ook aan de partijen die een rol spelen in de controle van ontwerpende partijen en aannemers worden weer bepaalde eisen gesteld.

2.5.3.1 Certificerende instelling

De verstrekking van systeem- en procescertificaten en de daarbij behorende controle zou aan certificerende instellingen overgelaten kunnen worden. Bij certificering onder accreditatie bestaat er een betere waarborg voor onafhankelijke en deskundige controle door de certificerende instelling en wordt er van de certificerende instelling verwacht dat deze zich laat accrediteren door de Raad voor Accreditatie.

2.5.3.2 Technical Inspection Service (TIS)

De eisen die aan de TIS worden gesteld, zijn geformuleerd in de CROW Erkenningsregeling TIS¹⁶³. Deze 'erkenning' van de TIS-bureaus is ook een certificeringsachtig instrument.¹⁶⁴ Die Erkenningsregeling¹⁶⁵ heeft vooral betrekking op drie belangrijke onderwerpen:¹⁶⁶

het eindproduct. De onderzoekscommissie zet grote vraagtekens bij de betekenis van een ISO 9001-certificering voor de kwaliteitszorg van bouworganisaties.' Onderzoekscommissie Bos en Lommerplein, *Gebroken hart. Hoofdrapport van de Onderzoekscommissie Bos en Lommerplein*, Amsterdam 2007, p. 74.

¹⁶² Zie voor de vraag wat dat certificaat precies inhoudt par. 2.5.3.4.

¹⁶³ <https://www.crow.nl/nl/Online_Kennis_en_tools/Tis/Tis-Downloads.html>

¹⁶⁴ Zie voor het onderscheid tussen certificering en erkenning par. 2.2.2.

- Kwaliteitssysteem,
- Deskundigheid (kennis en ervaring)
- Onafhankelijkheid.

De onafhankelijkheidseis houdt in dat het voor een TIS verboden is om andere werkzaamheden te verrichten dan controlewerkzaamheden. Een TIS mag nooit advies uitbrengen zoals een regulier adviesbureau, omdat de TIS onafhankelijk moet kunnen toetsen en dit niet mogelijk wordt geacht als de TIS over een bepaald onderwerp al een keer een advies heeft uitgebracht in ander verband. Ook in het specifieke bouwproces opereert de TIS onafhankelijk. De TIS is bovendien niet gebonden aan afspraken tussen opdrachtnemer en opdrachtgever. Wanneer die partijen een afspraak maken over bijvoorbeeld een constructie, en de constructie wordt op precies de afgesproken wijze gebouwd, dan kan de TIS alsnog zijn goedkeuring onthouden, indien hij de constructie niet als veilig genoeg beoordeelt.¹⁶⁷

Door de combinatie van onafhankelijkheid, deskundigheid en het feit dat de TIS zich niet beperkt tot één bepaalde fase in het bouwproces (ontwerp of uitvoering), wordt de TIS door opdrachtgevers die daar op dit moment gebruik van maken, als een effectief toezichtsinstrument ervaren.¹⁶⁸

2.5.3.3 *Gecertificeerde bouwplantoetser*

Doel van de certificatie van bouwplantoetsers is het borgen dat de aangetoonde vereiste kwalificaties binnen de toetsende organisatie daadwerkelijk en structureel worden ingezet voor het toetsen van de berekeningen, tekeningen, schema's en overige schriftelijke dan wel digitale indieningsbescheiden van het bouwplan aan het Bouwbesluit.¹⁶⁹ Op basis van de richtlijn is certificatie voor een of meer van de volgende scopes mogelijk¹⁷⁰:

- Algemeen bouwkundig
- Constructief
- Brandveiligheid
- Bouwfysica
- Installaties
- Coördinator
- Kleine, veel voorkomende bouwwerken

De beoordelingsrichtlijn richt zich op de volgende onderwerpen¹⁷¹:

- Het kwaliteitsmanagementsysteem
- Directiebetrokkenheid
- Management van middelen

¹⁶⁵ De Erkenningsregeling TIS wordt beheerd door CROW en is opgesteld met medewerking van alle betrokken partijen: onder meer verzekeraars, opdrachtgevers, opdrachtnemers, TIS-bureaus.

¹⁶⁶ IBR rapport *Contractbeheersing en toezicht*, 2011, p. 41.

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ Zie voor deze op interviews gebaseerde conclusie het IBR rapport *Contractbeheersing en toezicht*, 2011, p. 43, <http://www.ibr.nl/templates/mercury.asp?page_id=1842> en H.P.C.W. Strang, 'Methoden van contractbeheersing en toezicht', *TBR* 2012, p. 779-780.

¹⁶⁹ BRL 5019, versie d.d. 06-06-2011, p. 6.

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ Ibid., p. 11-32.

- Realiseren van toezicht
- Meting, analyse en verbetering
- Procedurevoorschriften en eisen aan de certificerende instelling

2.5.3.4 Gecertificeerde toezichthouder op de uitvoering

BRL 5006 (Nationale Beoordelingsrichtlijn voor het KOMO-procescertificaat Toezicht op de Bouw) is ontwikkeld door het bureau Oculus en, anders dan BRL 5019 (Beoordelingsnorm voor het KOMO-managementcertificaat voor Bouwplantoetsingen aan het Bouwbesluit), oorspronkelijk niet voor het publiekrechtelijke¹⁷² toezicht, maar voor uitvoeringstoezicht ten behoeve van de opdrachtgever.¹⁷³ Inmiddels is er een nieuwe BRL 5006 vastgesteld, waarop tot 16 oktober 2012 kritiek kon worden ingezonden. De BRL 5006 is vernieuwd 'in verband met de nieuwe ontwikkelingen in het kader van Toezicht op de Bouw, bij gemeenten, toezichthouders en wet- en regelgeving is begin 2012 besloten de huidige BRL 5006 aan te passen.'¹⁷⁴ Doel van deze certificatie-richtlijn is dan ook in de nieuwe versie om een privaat alternatief te bieden voor het publiekrechtelijke toezicht in de uitvoeringsfase door het bevoegd gezag.¹⁷⁵ De BRL richt zich op dezelfde onderwerpen als BRL 5019, besproken in paragraaf 2.5.3.3. Tot slot kan hier vermeld worden dat er inmiddels een gezamenlijk College van Deskundigen is voor BRL 5006 en BRL 5019.

2.5.4 Tussenconclusie: welke instrumenten ontbreken nog?

Nu in de bovenstaande subparagrafen een inventarisatie is gemaakt van de reeds aanwezige private beoordelingsinstrumenten rijst nu de vraag of met de reeds bestaande instrumenten al invulling wordt gegeven aan de in par. 2.5 geformuleerde eisen aan een privaat beoordelingssysteem.

Ontwerpende partijen

Voor beoordeling op systeem- en procesniveau van ontwerpende partijen geldt dat er kwaliteitsaanduidingen zijn als 'architect' en 'geregistreerd constructeur', maar deze aanduidingen zijn slechts verbonden aan eisen betreffende kennis, ervaring en deskundigheid. Voor kwaliteitssystemen en -processen is de onderzoeker geen specifiek op het gehele ontwerpproces toegesneden algemeen certificaat of andere conformiteitsverklaring bekend. Bovendien is het in Nederland niet verplicht om een architect of geregistreerd constructeur in te schakelen. De conclusie is daarom dat er op dit moment nog onvoldoende instrumenten zijn om in de gehele branche van ontwerpen en adviesactiviteiten op systeem- en procesniveau toetsing uit te laten voeren.

Voor beoordeling op productniveau zijn er twee instrumenten (gecertificeerde Bouwbesluittoets en TIS) gevonden, waardoor er enige ruimte voor differentiatie naar aanleiding van risicoklassen ontstaat. Of deze instrumenten op dit toetsniveau ook voldoende ruimte voor differentiatie bieden is een vraag die zich in het kader van dit

¹⁷² Met de term 'publiekrechtelijk toezicht' wordt hier bedoeld op toezicht op de naleving van publiekrechtelijke normen. Met de term 'publiek toezicht' wordt bedoeld op toezicht uitgevoerd door een bestuursorgaan. Zie over deze termen I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 22.

¹⁷³ Visscher e.a. 2003, p. 97.

¹⁷⁴ Zie <<http://www.skw-certificatie.nl/nieuws/berichtgeving-kritieklegging-brl5006-toezicht-op-de-bouw.html>>.

¹⁷⁵ Zie de kritiekversie van BRL 5006, d.d. 06-09-2012, p. 5.

onderzoek lastig laat beantwoorden, omdat hier niet concreet wordt uitgewerkt hoeveel verschillende risicoklassen van welke typen gebouwen er nodig zijn en dus ook niet hoe intensief het toezicht in verschillende risicoklassen zou moeten zijn.

Aannemers

Voor beoordeling van aannemers op systeem- en procesniveau geldt dat er geen specifiek op het geheel van uitvoeringswerkzaamheden algemene beoordelingsnormen zijn gevonden aan de hand waarvan een private beoordeling kan worden verricht. Op dit toetsniveau ontbreken dus nog instrumenten om aannemers te beoordelen.

Voor beoordeling op productniveau zijn er twee instrumenten (gecertificeerd bouwtoezicht en de TIS) gevonden, waardoor er enige ruimte voor differentiatie naar aanleiding van risicoklassen ontstaat. Of deze instrumenten op dit toetsniveau ook voldoende ruimte voor differentiatie bieden is een vraag die zich in het kader van dit onderzoek lastig laat beantwoorden, omdat hier niet concreet wordt uitgewerkt hoeveel verschillende risicoklassen van welke typen gebouwen er nodig zijn en dus ook niet hoe intensief het toezicht in verschillende risicoklassen zou moeten zijn.

De toezichthouders

Het beoordelen van toezichthouders laat zich vooral kenschetsen als systeem- en procestoezicht. Uit het onderzoek van Van der Heijden blijkt dat er in het buitenland af en toe vraagtekens geplaatst kunnen worden bij de effectiviteit van systeemtoezicht op private toezichthouders.¹⁷⁶ In sommige buitenlandse stelsels wordt het systeemtoezicht op private toezichthouders als onvoldoende effectief ervaren, in een ander stelsel, waarin het systeemtoezicht overigens gepaard gaat met steekproefsgewijze reality checks¹⁷⁷, wordt het toezicht op de private toezichthouders wel als effectief ervaren. Het lijkt daarom aanbeveling te verdienen om toezicht op de private beoordelingsinstanties gepaard te laten gaan van voldoende reality checks of toezicht op productniveau¹⁷⁸.

Over enig verschil in de praktijk met betrekking tot de kwaliteit van beoordelingen tussen erkende partijen (de TIS) en onder accreditatie gecertificeerde partijen kunnen de onderzoekers geen uitspraken doen, omdat daarvoor de benodigde empirische gegevens ontbreken en bovendien omdat een vergelijking lastig te maken is, gezien de verschillende wijzen van beoordelen. Wel kan hier nog gewezen worden op de aanbeveling van Eijlander, Evers en Van Gestel aan de overheid om in de uitvoering van haar beleid niet in zee gaan met niet geaccrediteerde certificatie- instellingen.¹⁷⁹

2.5.5 Woningbouw voor consumenten

De woningbouw voor consumenten kent een van de rest van de bouw afwijkend systeem van kwaliteitsborging en verzekering. Er zijn op dit moment twee partijen die beoordeling van conformiteit aan het Bouwbesluit en een daarvoor geldende garantie aanbieden: Woningborg en SWK. Hieronder wordt besproken in welke mate Woningborg en SWK op de verschillende niveaus beoordelingen uitvoeren.

¹⁷⁶ Van der Heijden 2009, p. 100, 102, 105.

¹⁷⁷ Ibid, p. 105-106, 116-117.

¹⁷⁸ Het product van de toezichthouder is de beoordeling of de ontwerper dan wel aannemer het Bouwbesluit naleeft.

¹⁷⁹ Zie ook Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 58.

2.5.5.1 Systeem- en procesniveau

2.5.5.1.1 Woningborg

Woningborg voert een beoordeling uit van ondernemingen die voor de eerste maal plaats vindt bij inschrijving. Aandachtspunten zijn daarbij systemen en processen van het bedrijf, de aanwezigheid van een KAM-coördinator, kennis en ervaring binnen de organisatie en specialisaties op bepaalde deelterreinen (bijv. woningbouw). Deze beoordeling op systeem- en procesniveau levert input op voor de beoordeling op productniveau.

2.5.5.1.2 SWK

De beoordeling van SWK verloopt als volgt. De toets die SWK uitoefent op leden is 'principle based' als tegengesteld aan 'rule based'. Daarmee wordt bedoeld, dat vooral gekeken wordt naar de 'performance' van de deelnemende organisaties over een lange periode van soms wel 30 jaar. Aspecten die bij de 'principle based' controle van belang zijn, zijn de faalkosten en het kwaliteitsmanagement dat gehanteerd wordt. Daarbij wordt voorts gebruik gemaakt van een risicoschaal: al naar gelang de risico's groter zijn, vindt een zwaardere toets plaats. Ook wordt expliciet gekeken naar klachten die SWK bereiken na oplevering (van consumenten).

Het uitgangspunt is dat ondernemingen zelf verantwoordelijk zijn voor het voldoen aan de wettelijke eisen. Ondernemingen hanteren in het algemeen kwaliteitssystemen, die zeker bij de grotere ondernemingen vergaand ontwikkeld zijn en die ook speciaal daartoe aangestelde functionarissen hebben.

Nieuwkomers worden beoordeeld op basis van hun trackrecord en verschillende eisen op financieel gebied, de technische processen, de cultuur in de onderneming.

2.5.5.2 Productniveau

2.5.5.2.1 Woningborg

De beoordeling op productniveau door Woningborg bestaat uit controle van bouwplannen en steekproefsgewijs toezicht op de bouwplaats. Over het voldoen aan de relevante artikelen van het Bouwbesluit wordt artikelsgewijs gerapporteerd. De ervaringen met het toezicht op de bouwplaats leveren weer input voor de hierboven genoemde beoordeling op systeem- en procesniveau.

2.5.5.2.2 SWK

SWK controleert in beginsel niet op de bouwlocaties zelf, maar incidenteel komt dat wel voor. Er vindt dus in beginsel geen toezicht op productniveau plaats. Dit is anders in het geval er sprake is van een 'nieuw' bedrijf. Er vindt dan ook een of meer keer projectmatig controle plaats of aan het Bouwbesluit wordt voldaan en voorts wordt een risicotoets uitgeoefend op de uitvoering, de naleving van het Bouwbesluit, gebruikte materialen, de uitvoering en of de verkoopdocumentatie (waaronder de contractuele stukken) voldoen aan de daaraan te stellen eisen mede in het zicht van de verzekering die door SWK wordt geboden

2.5.5.3 Tussenconclusie

Bij Woningborg vindt toezicht zowel op systeem- en procesniveau, als op productniveau plaats. Bij SWK vindt in beginsel geen toezicht op productniveau plaats. Voor wat betreft de mate waarin bedrijven kritisch gecontroleerd worden kent het systeem van Woningborg en SWK een extra waarborg omdat er niet alleen gecontroleerd of het bouwwerk aan het Bouwbesluit voldoet, maar ook een verzekering wordt afgegeven aan de koper op basis waarvan Woningborg en de met SWK samenwerkende verzekeringsmaatschappij kunnen worden aangesproken in het geval het bouwwerk toch niet aan de voorschriften van het Bouwbesluit voldoet.

2.6 CONCLUSIE

In deze conclusie worden de belangrijkste aanbevelingen kort samengevat, waarbij ook duidelijk wordt op welke onderdelen nog keuzes dienen te worden gemaakt door het ministerie van Binnenlandse Zaken in de uitwerking van de voorstellen voor private beoordeling.

Aanbevelingen

1. Bij gebruik van systeemtoezicht in een stelsel van private beoordeling dient rekening te worden gehouden met de omstandigheden waaronder systeemtoezicht succesvol kan zijn.
2. De inrichting van een stelsel van private beoordeling heeft consequenties voor de kosten van het toezicht aan de zijde van aanvragers/vergunninghouder, private beoordelingsinstanties en gemeentelijk bouw- en woningtoezicht. Het verdient aanbeveling om meer duidelijkheid te krijgen over welke kosten op kunnen treden, zodat hiermee rekening gehouden kan worden bij de inrichting van het stelsel.
3. Bij de inrichting van een stelsel van private beoordeling dient het met het oog op de effectiviteit van een dergelijk stelsel aanbeveling rekening gehouden te worden met marktomstandigheden die (mede)bepalend zijn voor het succes van een stelsel van private beoordeling en met nalevings- dan wel overtredingsmotieven in de sector.
4. Bij de inrichting van een stelsel van private beoordeling dienen zoveel mogelijk waarborgen te worden gecreëerd opdat beïnvloeding van de private beoordeling als gevolg van de commerciële relatie tussen private beoordelingsinstantie en de aanvrager/vergunninghouder (de te beoordelen partij) wordt voorkomen.
5. Bij de inrichting van een stelsel van private beoordeling verdient het aanbeveling om het stelsel zo in te richten dat er geen onnodige remmende werking vanuit gaat op innovatie.
6. Mogelijke onwenselijke effecten die op kunnen treden als gevolg van concurrentie tussen publieke en private partijen in een duaal stelsel dienen zoveel mogelijk voorkomen te worden. Een duaal stelsel waarin 'one-shotters' gebruik kunnen maken van het publieke spoor en 'frequent players' is een

mogelijke in de literatuur genoemde oplossing, die echter eerst op haalbaarheid zou moeten worden onderzocht.

7. Het stelsel van private beoordeling dient zich op beoordeling van alle functies in het bouwproces te richten (ontwerpen/adviseren, uitvoeren, toezicht houden).
8. Een stelsel van private beoordeling waarin de beoordeling zich op verschillende toetsniveaus (systeem, proces, product) richt, biedt de beste mogelijkheid om tot naleving van het Bouwbesluit te komen.
9. Een stelsel van private beoordeling dat bestaat uit verschillende risicoklassen biedt de mogelijkheid tot maatwerk waarbij de grootste risico's met een zwaardere vorm van toezicht beoordeeld worden en de lichtste risico's met een lichtere vorm van toezicht. Een dergelijk stelsel biedt bovendien de mogelijkheid om voor verschillende risicoklassen een verschillende toepassingsvariant van private beoordelingen te kiezen. In ieder geval zal of per risicoklasse of voor het stelsel in zijn geheel een keuze gemaakt dienen te worden voor een toepassingsvariant. Verwacht mag worden dat een gedifferentieerd systeem van zwaarten van de beoordelingen bijdraagt aan kostenbeheersing.
10. Invoering van het door de Commissie Dekker geïnitieerde stelsel waarvan in dit rapport de grenzen zijn verkend, dient gepaard te gaan met een monitoring en evaluatie, waarna tot een meer definitieve inrichting van het stelsel kan worden overgegaan.

3. ONDERZOEK NAAR DE MOGELIJKHEID VAN WIJZIGING VAN DE HUIDIGE VERDELING VAN AANSPRAKELIJKHEID IN HET PRIVAATRECHTELIJK BOUWRECHT

3.1 INLEIDING

1. In de literatuur over toezicht komt men de opmerking tegen dat waar de onder toezicht gestelde een direct eigen belang heeft bij het beheersen van het risico de kans op zelfregulering en betrouwbare en effectieve interne borginssystemen het grootst is¹⁸⁰. De aansprakelijkheid, die op grond van het Burgerlijk Wetboek op de bij bouw betrokkenen rust, kan gekwalificeerd worden als een vorm van direct eigen belang. Het is immers in het belang van bijvoorbeeld werkgevers in de bouw dat er veilig gewerkt wordt en dat medewerkers niet (tijdelijk) arbeidsongeschikt worden. Het is ook in het belang van de ontwerpende en uitvoerende partijen dat er zo min mogelijk aanspraken uit hoofde van contractuele tekortkomingen dan wel uit hoofde van een onrechtmatige daad zijn. Het economisch belang van ondernemingen is immers in het geding als er juridische procedures worden gevoerd. Het bestaan van de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor gebreken, die meestal pas in beeld komt na oplevering c.q. na voltooiing van een opdracht (in het geval van de adviseur) speelt aldus een rol bij de mogelijkheid om borgingssystemen (hiervoor besproken in het hoofdstuk over certificering) succesvol en effectief in te zetten opdat uiteindelijk gerealiseerde bouwwerken aan de gestelde regels voldoen en de preventieve toets van bouw- en woningtoets overwogen achterwege gelaten kan worden.

2. In dit hoofdstuk staat de huidige verdeling van aansprakelijkheid in het bouwrecht centraal. De opzet van dit hoofdstuk gaat van algemeen (de regeling in het Burgerlijk Wetboek) naar bijzonder (de aansprakelijkheidsregelingen in de meest voorkomende sets van algemene voorwaarden). Daarbij zal, waar van belang, ingegaan worden op aspecten van bewijsrecht, omdat die van invloed zijn op de vraag naar de vergoedingsmogelijkheid van schade als gevolg van tekortkomingen in de nakoming van verbintenissen dan wel als gevolg van een onrechtmatige daad. Met het oog op de leesbaarheid van dit hoofdstuk wordt na de beschrijving van onderdelen van de relevante regelingen gelijk ingegaan op de vraag welke mogelijkheden deze regeling biedt in het kader van de verdwijning van de preventieve toets en of eventueel wijzigingen van deze regeling wenselijk zijn en of doorvoering van dergelijke wijzigingen op juridische complicaties stuit. Zo wordt steeds een doorkijk geboden naar de toekomstige situatie waarin uitvoering is gegeven aan het Dekkerrapport. Omdat de meer bijzondere regelingen voortbouwen op de regelingen omtrent het contractenrecht in het Burgerlijk Wetboek en dogmatisch bij elkaar horen, wordt begonnen met de regeling van de onrechtmatige daad, dat in dit verband op zich zelf staat. De bespreking van de verschillende concrete onderwerpen wordt voorafgegaan door enkele algemene opmerkingen over het aansprakelijkheidsrecht in het privaatrecht in het algemeen.

¹⁸⁰ Zie J-K Helderman en M.E. Honing, Systeemtoezicht, een onderzoek naar de condities en werking van systeemtoezicht in zes sectoren, Radboud Universiteit, Faculteit der Managementwetenschappen, Center for Policy Analysis, onderzoek in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatie Centrum van het Ministerie van Justitie en de interdepartementale werkgroep Handhaving en Gedrag, 2009, p. 11/12.

3.2 ALGEMENE OPMERKINGEN INZAKE HET PRIVAATRECHTELIJK SYSTEEM VAN AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

1. Jarenlang is het heersende leer in Nederland geweest, dat ‘ieder zijn eigen schade draagt’. Dit standpunt is lang bestreden als onjuist, vanwege de vele wettelijke uitzonderingen en uitzonderingen tot stand gekomen op basis van de rechtspraak op dit adagium. Thans kan geconstateerd worden dat ook in de Asser-serie, de handboeken waarin bij uitstek de heersende leer onder woorden wordt gebracht, dit standpunt verlaten is. In het deel gewijd aan de verbintenis uit de wet¹⁸¹ valt het volgende te lezen:

‘Het doel van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht is niet het vergoeden van schade maar het onderscheiden van de gevallen waarin zij vergoed moet worden. Dit geschiedt aan de hand van een afweging tussen twee gezichtspunten: ‘ieder draagt zijn eigen schade’ en ‘berokken een ander geen schade’. Deze gezichtspunten staan niet los van elkaar en kunnen daarom geen van beide dienen als het uitgangspunt van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Omdat het resultaat waartoe zij leiden tegengesteld is, dient met de regels van buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht een balans tussen beide gezichtspunten gevonden te worden die past bij de op een bepaalde plaats en tijd aanwezige maatschappelijke omstandigheden.’

Deze wijziging van opvatting komt overeen met de waarneembare tendens in de maatschappij dat wie schade lijdt op zoek gaat naar degene die deze schade veroorzaakte ten einde op deze de schade af te wentelen. Het lijkt niet in de rede te liggen te verwachten dat deze tendens zich zal wijzigen.

2. Dit brengt voor het onderwerp van dit rapport mee, dat er rekening mee moet worden gehouden dat partijen die schade lijden in toenemende mate zullen proberen deze te verhalen op bijvoorbeeld de huiseigenaar, de contractuele wederpartij zijnde de aannemer/de adviseur, maar ook op bijvoorbeeld de certificeerder die heeft verklaard door afgifte van een certificaat dat een proces/product voldeed aan bepaalde maatstaven terwijl dat later bleek niet het geval te zijn. Bij deze laatste figuur doet zich voorts dezelfde vraag voor als thans bij de aansprakelijkheid van overheidstoezichthoudende instanties: door wie is die certificaat afgevende partij aan te spreken? Door degene aan wie hij het certificaat afgaf of ook door degene die schade lijdt als het gevolg van het feit dat het product of het proces niet voldeed terwijl er toch een certificaat is afgegeven? Voeg daarbij de ontwikkelingen in de rechtspraak die maken dat een opdrachtgever over het hoofd van de hoofdaannemer een onderaannemer kan aanspreken (zij het onder strikte voorwaarden)¹⁸² en men ziet dat het speelveld van aansprakelijkheid er niet eenvoudiger op wordt. Deze verschillende verhoudingen zullen alle de revue passeren in dit rapport.

3. De wettelijke regeling van de aansprakelijkheid houdt in dat de schade veroorzaakt door de onrechtmatige daad c.q. de wanprestatie vergoed moet worden, zie resp. art. 6:162 en art. 6:74 BW. Daarbij geldt voorts volgens het BW dat in beginsel de gehele schade vergoed dient te worden, zie art. 6:98 BW, hieronder weergegeven.

Van de artikelen 6:74 en 6:98 BW kan bij overeenkomst worden afgeweken. In de algemene voorwaarden gebruikelijk in de bouw wordt dat dan ook gedaan. Er zijn beperkingen van de aansprakelijkheid in deze voorwaarden opgenomen betreffende de

¹⁸¹ Asser-Hartkamp-Sieburgh, De verbintenis uit de wet, 6-IV, nr. 19, 2010, Kluwer, Deventer.

¹⁸² HR 20-1-2012, LJN: BT7496.

oorzaak van de schade, de omvang van de schade en betreffende de duur van de aansprakelijkheid. De regels in het autonome bouwrecht staan daarin niet alleen: ook de wettelijke regeling van de aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering bevat een afwijking van wat uit het gewone aansprakelijkheidssysteem van het BW voortvloeit. Zo bepaalt art. 7:758 lid 3 BW immers: de aannemer is ontslagen van de aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken. Dit is een afwijking van hetgeen bepaald is in art. 6:74 BW.

4. Van belang is voorts dat men zich realiseert dat de wet verschillende gevolgen verbindt aan het zijn van partij, derde, eigenaar, bezitter, consument, opdrachtnemer, hulppersoon etc. Deze begrippen moeten uit elkaar gehouden worden en zijn juridisch niet inwisselbaar. En ook kunnen personen en rechtspersonen die ogenschijnlijk aan elkaar verbonden zijn, omdat zij bij een project betrokken zijn of bij een bouwwerk, niet zomaar met elkaar vereenzelvigd worden. In het overeenkomstenrecht zal altijd gekeken moeten worden naar de concrete afspraken tussen partijen.

5. Is er sprake van een toerekenbare onrechtmatige daad of is er sprake van een toerekenbare tekortkoming bij een overeenkomst dan kan schadevergoeding in beeld komen. De wet behandelt de schadevergoeding voor beide bronnen van deze verlichting gelijkelijk in Titel 1 Afdeling 10 van Boek 6. Andere gevolgen (herstel, staken van een handeling etc.) zijn ook mogelijk maar die worden hier buiten beschouwing gelaten. Art. 6:98 BW:

Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.

Kort door de bocht wordt hier bepaald, dat alle schade vergoed moet worden (er wordt hier geen onderscheid gemaakt naar de bron van de schade).¹⁸³

6. Het woordje slechts suggereert een beperking, maar die moet met een korrel zout worden genomen. Het komt er in het kort op neer, dat de rechter als volgt te werk gaat: is er sprake van risicoaansprakelijkheid, dan is men snel aansprakelijk en dat kan een reden zijn om niet alle gevolgen toe te rekenen; is er sprake van lichamelijk letsel dan is dat een zeer ernstig feit en dat kan een reden zijn juist wel alle schadelijke gevolgen voor rekening van de dader te laten komen. Zo zijn er meer regels die de rechter mag hanteren bij het bepalen van de omvang van de schade die voor vergoeding in aanmerking komt, maar de hoofdregel volgens de wet is: 100% vergoeding. In algemene voorwaarden wordt met name van deze bepaling afgeweken.

7. In dit verband moet ook gewezen worden op de verschillende bepalingen die de rechter de bevoegdheid geven in te grijpen in de gevolgen die een bepaalde contractuele of wettelijke regeling met zich brengt. Indien die gevolgen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn in een concreet geval, kunnen deze gewijzigd worden, zie daartoe art. 6:2 en 6:248 BW. Op die bepalingen wordt vaak een beroep gedaan, maar degene die dat doet, heeft veel te overwinnen eer de rechter met hem mee kan gaan. Ook is het leerstuk van de eigen schuld, art. 6:101 BW, van belang, ertoe leidend dat een deel van schade voor rekening van de schadelijgende partij blijft.

¹⁸³ De tekst van het artikel luidt: Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.

8. Wie moet bewijzen dat er sprake is van een toerekenbare tekortkoming dan wel van een toerekenbare onrechtmatige daad? Het antwoord op die vraag wordt bepaald door de regels van burgerlijke rechtsvordering waarvan het uitgangspunt is: wie stelt, moet bewijzen. Stelt een schuldeiser dat de schuldenaar tekort is geschoten, dan moet hij bewijzen dat er sprake is van a) een tekortkoming en b) dat deze toerekenbaar is.

In het zicht van de opmerkingen in het rapport van Crisislab is het van belang er goede notitie van te nemen, dat deze regel niets te maken heeft met het onderscheid schuldaansprakelijkheid of risico-aansprakelijkheid. Dit is puur een regel van bewijsrecht; terwijl de termen schuld- en risicoaansprakelijkheid betrekking hebben op het materiële recht (*wanneer* is er sprake van aansprakelijkheid).

9. Met de hiervoor aangestipte onderwerpen bevindt men zich in het hart van het burgerlijk recht en van het Burgerlijk Wetboek. Dit brengt met zich, dat gewaakt moet worden voor de mening, dat het heel eenvoudig zal zijn om in te grijpen in dit stelsel. Het Burgerlijk Wetboek is anders dan de bestuursrechtelijke regelgeving traditioneel veel minder vaak onderworpen aan wijzigingen. Het huidige wetboek stamt uit 1992 (de titel aanneming van werk is van recenter datum namelijk van 2003) en verving het wetboek van 1838. Het wetgevingsproces van het huidige BW ving aan met de opdracht aan prof. Meijers in 1947. Hiermee wil niet gezegd zijn, dat het BW statisch is en niet dan bij hoge uitzondering gewijzigd kan worden, maar wel dat waar het om de kern van het BW gaat men er rekening mee dient te houden dat verschillende betrokkenen (denk aan de advocatuur, de bedrijfsjuristen en de wetenschap) zich zullen laten horen en ook gehoord zal willen worden.¹⁸⁴ Voor draagvlak van vernieuwingen wordt overleg met dezen en anderen dan ook uitdrukkelijk aanbevolen.

3.3 AANSPRAKELIJKHEID UIT ONRECHTMATIGE DAAD

3.3.1 De regelgeving: algemeen

1. Voor een goed begrip van wat het onrechtmatige daadsrecht inhoudt, is om te beginnen van belang hoe de relevante wettelijke bepalingen luiden¹⁸⁵. De bespreking omvat niet alle bepalingen van titel 3 van Boek 6, maar is beperkt tot de meest algemene bepalingen (artikelen 6:162 en 6:163 en artikel 6: 174 dat over de aansprakelijkheid van de bezitter van een opstalhouder gaat).

2. Het vertrekpunt is artikel 6:162 BW, waarin bepaald wordt dat wil er aansprakelijkheid zijn op grond van onrechtmatige daad (de aansprakelijkheid die niet gegrond is op een contractuele tekortkoming) er aan vijf eisen voldaan moet zijn: een onrechtmatige daad (gedefinieerd in lid 2), toerekenbaarheid van de daad aan de dader (lid 3), schade (lid 1), causaal verband tussen de daad en de schade (lid 1) en relativiteit (zie daartoe lid 1 en art. 6:163).

Artikel 6: 162 BW

¹⁸⁴ Er zijn uiteraard verschillende voorbeelden waarin het BW al gewijzigd is sinds 1992, denk bijvoorbeeld aan de regeling van de informatieplicht bij het gebruik van algemene voorwaarden, de regelgeving omtrent de besloten vennootschap.

¹⁸⁵ Voor een volledig begrip is uiteraard ook kennis van de literatuur en de rechtspraak nodig. Dat zal in het kader van dit onderzoek niet aan bod kunnen komen. Het gaat hier slechts om een schets van het recht. Het voert gezien de beschikbare tijd ook te ver om in te gaan op productaansprakelijkheid, zie art. 6:185 e.v. BW.

1. Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, die hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.
2. Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.
3. Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak die krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.

3. Een enkel woord over het begrip toerekenbaarheid. Toerekening van de daad aan de dader vindt plaats wanneer de daad te wijten is aan schuld (verwijtbaarheid) of aan een oorzaak die krachtens wet of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.¹⁸⁶ Dit betekent dat ook als er geen schuld is de dader aansprakelijk kan worden gehouden voor de door hem gepleegde daad. Dit doet zich voor indien de wet bepaalt dat een schuldenaar (risico)aansprakelijk is, zie daartoe bijvoorbeeld art. 6:165¹⁸⁷ (welke bepaling niet verder besproken wordt). En dit doet zich ook voor indien de verkeersopvattingen daartoe nopen. Het klassieke voorbeeld is de pas afgestudeerde arts die een kunstfout maakt die een ervaren arts nooit gemaakt zou hebben of de chauffeur die net in het bezit van een rijbewijs een aanrijding veroorzaakt. Deze schadeberokkenende daders kan (mogelijk) niet verweten worden dat zij deze fouten begingen, maar de verkeersopvattingen luiden zo, dat zij toch voor de schade hebben op te komen. In dit verband spreekt men van risico-aansprakelijkheid, daarmee doelend op de aansprakelijkheid buiten schuld. De wet kent evenwel nog een vorm van engere risico-aansprakelijkheid dan in art. 6:162, namelijk in art. 6:174 waar het gaat om de opstalbezitter en waar disculpatie¹⁸⁸ vrijwel geheel is uitgesloten. Art. 6:162 BW bevat nog de mogelijkheid van een beroep van overmacht waarmee aan aansprakelijkheid wordt ontkomen, maar die mogelijkheid ontbreekt in beginsel in art. 6:174 BW. Dus strikt genomen vallen de begrippen toerekenbaarheid en risico-aansprakelijkheid niet samen.

4. Sprekend over toerekening moet ook aandacht geschonken worden aan de (zeer beperkte) mogelijkheid die wordt geboden om aan aansprakelijkheid te ontkomen door middel van een beroep op schulduitsluitingsgronden. Deze komen alleen in beeld voor zover de gedraging van de dader krachtens wet of verkeersopvatting niet aan deze kan worden toegerekend.¹⁸⁹

5. Het komt er bij toerekening kort samengevat op neer, dat alleen indien er een beroep op de schulduitsluitingsgronden of overmacht gedaan kan worden of er kan naar een derde gewezen worden (voor wie de aangesproken persoon niet aansprakelijk is op grond van toerekening) de dader niet aansprakelijk gehouden kan worden voor de gevolgen van de onrechtmatige daad.

¹⁸⁶ Het gaat in deze bepaling om de toerekening van de daad aan de dader. Toerekening van de daad aan de dader moet onderscheiden worden van toerekening van de schade aan de onrechtmatige daad, waarop art. 6:98 BW betrekking heeft.

¹⁸⁷ Artikel 165

1. De omstandigheid dat een als een doen te beschouwen gedraging van een persoon van veertien jaren of ouder verricht is onder invloed van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming, is geen beletsel haar als een onrechtmatige daad aan de dader toe te rekenen.

2. Is jegens de benadeelde tevens een derde wegens onvoldoende toezicht aansprakelijk, dan is deze derde jegens de dader verplicht tot bijdragen in de schadevergoeding voor het gehele bedrag van zijn aansprakelijkheid jegens de benadeelde.

¹⁸⁸ Disculpatie betekent dat iemand niet aansprakelijk is. Overmacht biedt een disculpatiegrond, maar in sommige gevallen is het onmogelijk om zelfs daar een beroep op te doen.

¹⁸⁹ Zie Tekst en Commentaar op art. 6:162, aant. 3b, S. Lindenbergh, Kluwer, Deventer, 2011, p. 2642.

6. Voorts is het volgende van belang voor wat betreft de toerekening op basis van de verkeersopvattingen. Bij een toerekening krachtens de in het verkeer geldende opvattingen gaat het steeds om een bepaald risico (in de tekst van de wet aangeduid als 'oorzaak') dat in concreto aan de dader moeten worden toegerekend en niet om het toerekenen van een groot aantal geheel verschillende risico's ('oorzaken') aan een bepaalde dader. Zo zal bijvoorbeeld het enkele feit dat de dader over een aansprakelijkheidsverzekering beschikt, nooit tot gevolg kunnen hebben dat alle risico's die aldus zijn gedekt, ook als zij zonder een dergelijke verzekering geen aansprakelijkheid zouden opleveren, krachtens de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de dader komen. In een Mondeling Overleg met de Tweede Kamer heeft de regeringscommissaris¹⁹⁰ deze gedachte aldus uitgedrukt 'dat men de aanwezigheid van een aansprakelijkheidsverzekering niet mag aangrijpen om aansprakelijkheid van de laedens aan te nemen waar deze zonder die verzekering niet zou zijn geaccepteerd' (Parl. Gesch. Boek 6, p. 453).¹⁹¹

7. Tot slot: de hoofdregel in het bewijsrecht geldt ook hier: de eiser zal moeten stellen en bewijzen dat de onrechtmatige daad aan de aangesproken persoon is toe te rekenen. Het gaat hier niet om een natuurkundig bewijs en voorts is vaak met de onrechtmatigheid van de daad de toerekenbaarheid gegeven.

8. Het laatst genoemde vereiste nodig om aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad vast te stellen, is dat voldaan moet zijn aan het relativiteitsvereiste. Daarmee wordt bedoeld, dat indien bij het schenden van een norm op een bepaalde wijze schade is ontstaan, deze schade niet vergoed hoeft te worden, indien de geschonden norm niet beoogde de benadeelde tegen deze schade die op die bepaalde wijze is ontstaan, te beschermen.

Artikel 163

Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.

9. Een voorbeeld van een norm waarvan schending en schade dientengevolge niet leiden tot schadeplichtigheid is het geval van de Wet op de Geneesmiddelenvoorziening. Deze wet strekt ertoe de volksgezondheid te beschermen en niet de producenten of handelaren die schade lijden door oneerlijke concurrentie.¹⁹²

Rond dit onderwerp is veel discussie ontstaan naar aanleiding van het geval van Duwbak Linda. In deze zaak ging het om het volgende¹⁹³. Door het kapseizen van 'Duwbak Linda', een dertig jaar oude boot die recent nog het wettelijk vereiste certificaat van onderzoek had verkregen, ontstaat schade aan enkele van de vaartuigen van eiseres. Er wordt een vordering tegen de Staat ingesteld, omdat die het bedoelde certificaat kort voor het ongeval had afgegeven, en tegen het (door de Staat erkende) onderzoeksbureau, dat de daaraan voorafgaande keuring had uitgevoerd. De Hoge Raad overweegt, dat de norm waarop eiseres zich beroept — kortweg inhoudende dat het onderzoek ten behoeve van de toekenning van het wettelijk vereiste certificaat met de nodige zorgvuldigheid dient plaats te vinden — weliswaar beoogt bij te dragen aan de 'veiligheid in algemene zin' van het scheepvaartverkeer, maar dat dit niet wil zeggen dat de aan het onderzoek te stellen eisen van zorgvuldigheid strekken tot bescherming van

¹⁹⁰ Prof. mr. E.M. Meijers was aangesteld als regeringscommissaris, belast met het schrijven van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, dat grotendeels in 1992 is ingevoerd.

¹⁹¹ Ontleend aan K.J.O. Jansen, *Groene Serie Onrechtmatige Daad*, 2011, Kluwer, Deventer, aant. 37 op art. 6:162 BW.

¹⁹² HR 24 maart 2006, LJN: AU7935.

¹⁹³ HR 7 mei 2004, NJ 2006/281, m.nt. Jac. Hijma.

'het individuele vermogensbelang van derden die schade lijden doordat een onvoldoende zorgvuldig gekeurd schip een ongeval veroorzaakt'. In dit verband is 'in beginsel niet van belang' of er redenen waren de duwbak extra kritisch te onderzoeken.

Het arrest is in de literatuur zeer kritisch ontvangen. Er wordt zelfs gesproken in termen van rechtspolitieke arresten en 'verkapte immuniteit'.¹⁹⁴ In latere rechtspraak is weer wat gas teruggenomen op deze uitspraak, maar kritiek blijft er.

Niettegenstaande het belang van dit onderwerp voor de vraag naar de aansprakelijkheid van toezichthouders uit hoofde van een onrechtmatige daad in de toekomst - na doorvoering van de wijzigingen ingezet door het rapport van de Commissie Dekker -, wordt, vanwege de onderzoekers ter beschikking staande tijd, volstaan met enkele algemene opmerkingen.

De bespreking van dit vereiste is ingewikkeld, omdat de volgende aspecten alle onder ogen gezien moeten worden:

- a. de wijze waarop de schade is ontstaan;
- b. de soort schade die is ontstaan;
- c. de norm, die wel of niet beoogt de benadeelde te beschermen;
- d. de wijze, waarop de norm begrepen moet worden (waarbij mede een rol speelt, dat volgens sommige auteurs in voorkomende gevallen het feit dat een bepaalde zorgvuldigheidsnorm geschonden is, automatisch meebrengt dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan);
- e. de al dan niet beperktheid van de kring van personen die aan de norm bescherming kunnen ontlenen;
- f. de discretionaire bevoegdheid die een toezichthouder wel of niet toekomt.

Bij het vorm geven van het nieuwe stelsel, waar niet langer door overheden toezicht wordt gehouden maar door private partijen (al dan niet naast overheden) moet het relativiteitsvereiste goed onder ogen gezien worden. Private partijen die zich gaan bezighouden met toezichthoudende taken zullen immers een inschatting willen maken van de kans dat zij à la de toezichthouder in Duwbak Linda worden aangesproken niet (alleen) door degene op wie zij toezicht hielden, maar door degene die stelt schade te lijden als gevolg van het feit dat het toezicht niet voldoende was. De normen waaraan deze private beoordelaars onderworpen zijn, moeten zo begrijpelijk en goed omlijnd mogelijk geformuleerd zijn mede met het oog op juist deze aansprakelijkheid.

3.3.2 De regelgeving: uitgewerkt

1. Wie is aansprakelijk te stellen volgens het huidige recht uit hoofde van een onrechtmatige daad? Dat is om te beginnen een dader zelf (op hem is art. 6:162 van toepassing), maar mogelijk is naast de dader nog iemand aan te spreken, daarop ziet het bepaalde in art. 6:170 BW en art. 6:171 BW¹⁹⁵. In deze bepalingen gaat het om de situatie dat aannemer X een onderaannemer/werknemer gebruikt voor werkzaamheden en deze onderaannemer/werknemer veroorzaakt schade bij een derde. Dan kan de derde voor deze schade aannemer X aanspreken. Het staat hem ook vrij de onderaannemer/werknemer aan te spreken uit hoofde van art. 6:162 BW.

¹⁹⁴ Zie o.a. H.C.W.M. Moesker in zijn noot bij Hof Arnhem, 3-5-2010, 200.015.561, LJN: BM5137 (Parkeerdek Tiel), TBR 2011, p. 147; C.L.G.F.H. Albers, P.C.M. Heinen, Een (verkapte) civielrechtelijke immuniteit voor toezichts- en handhavingsfalen van overheidsorganen? Overheidsaansprakelijkheid voor de vuurwerkramp Enschede: 'wat niet weet, wat niet deert!' in de Gemeentestem 2010/101.

¹⁹⁵ Er zijn nog meer bepalingen, zoals art. 6:172 BW dat over vertegenwoordigers gaat en art. 6:169 over minderjaren.

Deze bepalingen luiden als volgt:

Artikel 170

1. Voor schade, aan een derde toegebracht door een fout van een ondergeschikte, is degene in wiens dienst de ondergeschikte zijn taak vervult, aansprakelijk indien de kans op de fout door de opdracht tot het verrichten van deze taak is vergroot en degene in wiens dienst hij stond, uit hoofde van hun desbetreffende rechtsbetrekking zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen.

2. Stond de ondergeschikte in dienst van een natuurlijke persoon en was hij niet werkzaam voor een beroep of bedrijf van deze persoon, dan is deze slechts aansprakelijk, indien de ondergeschikte bij het begaan van de fout handelde ter vervulling van de hem opgedragen taak.

3. Zijn de ondergeschikte en degene in wiens dienst hij stond, beiden voor de schade aansprakelijk, dan behoeft de ondergeschikte in hun onderlinge verhouding niet in de schadevergoeding bij te dragen, tenzij de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid. Uit de omstandigheden van het geval, mede gelet op de aard van hun verhouding, kan anders voortvloeien dan in de vorige zin is bepaald.

Artikel 171

Indien een niet ondergeschikte die in opdracht van een ander werkzaamheden ter uitoefening van diens bedrijf verricht, jegens een derde aansprakelijk is voor een bij die werkzaamheden begane fout, is ook die ander jegens de derde aansprakelijk.

2. Deze beide bepalingen vestigen een risico-aansprakelijkheid: net als in het zo te bespreken geval van de opstalhouder kunnen de gebruikers van de (niet)ondergeschikten zich niet disculperen door bijvoorbeeld te stellen dat hij toch niet voortdurend toezicht kon houden op de werkzaamheden van de (niet)ondergeschikte, of bijvoorbeeld door te stellen dat hij in redelijkheid alles gedaan heeft om goede (niet)ondergeschikten te vinden. Er is sprake van risico-aansprakelijkheid. Zie over het verschil tussen toerekening van de onrechtmatige daad en risico-aansprakelijkheid de bespreking van de aansprakelijkheid van de opstalhouder.

3. Wat bij deze aansprakelijkheid voor ogen gehouden moet worden, is dat het gaat om het aansprakelijk stellen van iemand die een ander gebruikt bij bepaalde werkzaamheden (samengevat). Als dat verband er niet is, zoals bijvoorbeeld in de verhouding van de architect, die in opdracht van de opdrachtgever werkt, en de aannemer, komt men aan deze aansprakelijkheidsbepalingen niet toe. Men kan niet zomaar de aannemer aansprakelijk houden voor fouten die de architect beging of omgekeerd. Voorts is het zo, dat de werknemer/onderaannemer een onrechtmatige daad moet hebben begaan, wil degene, die deze persoon gebruikte aansprakelijk gehouden kunnen worden. Is er bij de gebruikte persoon sprake van overmacht (er is een rechtvaardigingsgrond of schulditsluitingsgrond) waardoor de daad aan hem niet toe te rekenen is, dan is aan een van de vereisten van aansprakelijkheid uit hoofde van een onrechtmatige daad niet voldaan en is de werknemer/onderaannemer niet aansprakelijk en dan is ook de werkgever/hoofdaannemer niet aansprakelijk.

4. De beide bepalingen bieden de schadelijdende partij een aanzienlijke verlichting van zijn bewijslast. Zonder deze bepalingen zou hij moeten bewijzen wie precies welk aandeel in een onrechtmatige daad heeft gehad: de werkgever/hoofdaannemer of de werknemer/onderaannemer? Nu kan worden volstaan met het aanspreken van de

werkgever/hoofdaannemer die daarna zelf moet zorgen dat hij door de hem vergoede schade kan verhalen op de werknemer/onderaannemer.

5. De aansprakelijkheid van de opstalbezitter is geregeld in art. 6:174 BW en luidt als volgt:

Artikel 6:174 BW

1. De bezitter van een opstal die niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, en daardoor gevaar voor personen of zaken oplevert, is, wanneer dit gevaar zich verwezenlijkt, aansprakelijk, tenzij aansprakelijkheid op grond van de vorige afdeling zou hebben ontbroken indien hij dit gevaar op het tijdstip van het ontstaan ervan zou hebben gekend.
2. Bij erfpacht rust de aansprakelijkheid op de bezitter van het erfpachtsrecht. Bij openbare wegen rust zij op het overheidslichaam dat moet zorgen dat de weg in goede staat verkeert, bij kabels en leidingen op de kabel- en leidingbeheerder, behalve voor zover de kabel of leiding zich bevindt in een gebouw of werk en strekt tot toevoer of afvoer ten behoeve van dat gebouw of werk.
3. Bij ondergrondse werken rust de aansprakelijkheid op degene die op het moment van het bekend worden van de schade het werk in de uitoefening van zijn bedrijf gebruikt. Indien na het bekend worden van de schade een ander gebruiker wordt, blijft de aansprakelijkheid rusten op degene die ten tijde van dit bekend worden gebruiker was. Indien de schade is bekend geworden na beëindiging van het gebruik van het ondergrondse werk, rust de aansprakelijkheid op degene die de laatste gebruiker was.
4. Onder opstal in dit artikel worden verstaan gebouwen en werken, die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen of werken.
5. Degene die in de openbare registers als eigenaar van de opstal of van de grond staat ingeschreven, wordt vermoed de bezitter van de opstal te zijn.
6. Voor de toepassing van dit artikel wordt onder openbare weg mede begrepen het weglichaam, alsmede de weguitrusting.

Artikel 6:181 BW

1. Worden de in de artikelen 173, 174 en 179 bedoelde zaken, opstallen of dieren gebruikt in de uitoefening van een bedrijf, dan rust de aansprakelijkheid uit de artikelen 173, eerste lid, 174, eerste lid en tweede lid, eerste zin, en 179 op degene die dit bedrijf uitoefent, tenzij het een opstal betreft en het ontstaan van de schade niet met de uitoefening van het bedrijf in verband staat.

6. Wordt in art. 6:162 BW nog gesproken van toerekenbaarheid en is het mogelijk dat disculpatie nog in beeld komt indien er geen sprake is van schuld noch van toerekening op grond van de wet of op grond van de verkeersopvattingen: in art. 6:174 BW gaat het letterlijk om risico-aansprakelijkheid. De bezitter van de opstal is aansprakelijk, tenzij hij niet op grond van afdeling 6.3.1 aansprakelijk zou zijn geweest, indien hij het gevaar op het tijdstip van het ontstaan ervan zou hebben gekend.

Met behulp van een voorbeeld is het best te illustreren wat hiermee wordt bedoeld. Stel een orkaan (een van buiten de dader komende kracht) veroorzaakt een gebrek in een zaak en dat gebrek leidt weer tot schade bij een derde. Volgens art. 6:174 BW is de bezitter van de opstal ook dan aansprakelijk. Maar stel nu dat de bezitter bij bekendheid van het probleem machteloos is om dit te herstellen, bijvoorbeeld omdat er te weinig tijd is tussen het tijdstip van het ontstaan van het gebrek en het ontstaan van de schade: dan is de bezitter niet aansprakelijk. Het enkele verweer dat de opstalbezitter niet bekend is geweest met het gevaar (het is een gevaar van het dak en niet waarneembaar

vanuit een dakkapel of vanaf de grond bijvoorbeeld) is onvoldoende om te ontkomen aan de aansprakelijkheid ex art. 6:174 BW, maar in het voorbeeld komt daar iets bij: zelfs als hij bekend zou zijn met het gevaar is het onmogelijk dat hij iets uitricht. In die situatie ontbreekt aansprakelijkheid op grond van de vorige afdeling en daarom onder deze omstandigheden ook hier.¹⁹⁶

7. In de woorden van Asser-Hartkamp-Sieburgh¹⁹⁷:

‘In de tweede plaats geeft de bedoelde maatstaf de omvang van de risicoaansprakelijkheid aan: zij doet dit door, uitgaande van een vergelijking met de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, aan te geven van welke vereisten voor laatstbedoelde aansprakelijkheid hier wordt geabstraheerd. In het geval van art. 173 kan de bezitter zijn aansprakelijkheid niet afwenden met een beroep op (schuld of onrechtmatigheid uitsluitende) onbekendheid met het gebrek, doch slechts door omstandigheden te bewijzen die hem, bij bekendheid met het gebrek, van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad hadden gevrijwaard. Door deze ‘vergelijking’ met art. 162 wordt derhalve duidelijk gemaakt waarin de risicoaansprakelijkheid nu precies bestaat, anders gezegd, welk risico op de aansprakelijke persoon wordt gelegd: in casu het risico van het bestaan van het gebrek en van de onbekendheid daarmee. Hieruit blijkt dat de ‘tenzij’-regel niet alleen de negatieve functie heeft om aan te geven wanneer de aansprakelijkheid niet bestaat; de hoofdregel van de art. 173 en 174 en de in de ‘tenzij’-regel besloten liggende maatstaf geven te zamen aan wanneer de risicoaansprakelijkheid wél bestaat, hetgeen betekent dat de aansprakelijkheid in principe niet vervalt door een niet geconcretiseerd beroep op ‘van buiten komende omstandigheden’, ‘overmacht’ of ‘schuld van een derde’, waardoor het gebrek beweerdelijk is veroorzaakt.’

8. Ook in het kader van art. 6:174 BW spelen de stel- en bewijsplicht. Wederom zij opgemerkt dat het hier niet om een natuurkundig bewijs gaat. In de Parlementaire Geschiedenis¹⁹⁸ wordt opgemerkt dat de rechter in veel gevallen zal werken met het vermoeden dat het gebouw gebrekkig is, ontleend aan het feit dat een gebouw (geheel of gedeeltelijk) instort. Tegenbewijs mag wel geleverd worden alsdan, maar dat maakt dat het dan de opstalbezitter is die met dat tegenbewijs belast is.

3.3.3 Aanpassing van de regelgeving?

1. Is het nodig de huidige regeling van de onrechtmatige daad te veranderen opdat de positie van iemand die schade lijdt als gevolg van een gebrekkig gebouw verbeterd wordt?¹⁹⁹ Met betrekking tot het onrechtmatige daadsrecht wordt betoogd, dat dat niet nodig is.

2. Het antwoord op de vraag of het huidige stelsel moeilijkheden oplevert voor schadelijdende personen (de gelaedeerden) laat zich het makkelijkst geven door een

¹⁹⁶ Voorbeeld ontleend aan Jac. Hijma en M.M. Olthof, Nederlands vermogensrecht, 2011, Kluwer, Deventer, p. 288.

¹⁹⁷ Asser 6-IV, De verbintenis uit de wet, 2010, Kluwer, Deventer, nr. 233.

¹⁹⁸ Boek 6, p. 755.

¹⁹⁹ In het rapport ‘Risicoaansprakelijkheid als vervanging van overheidstoezicht in de bouw?’ wordt de in de titel van het rapport gestelde vraag bevestigend beantwoord, zie p. 69. Het rapport geeft aan de kwalificatie schuldaansprakelijkheid en risicoaansprakelijkheid zeer omstreden, ja, feitelijk onjuiste, invullingen. Zoals in paragraaf 3.3.1 uiteengezet is het Nederlandse onrechtmatige daadsrecht gebaseerd op toerekening van de daad aan de dader en daaronder wordt een zeer vergaande vorm van aansprakelijkheid verstaan, die er feitelijk op neer komt dat men in de meeste gevallen slechts aan aansprakelijkheid ontkomt doordat er sprake is van een overmachtsituatie en in een deel van de gevallen is zelfs die ontsnapping niet mogelijk. Risicoaansprakelijkheid bestaat dus al in het onrechtmatige daadsrecht.

aantal feitelijke - en met het oog op het snel doorgronden van de problematiek: eenvoudige - situaties na te lopen. Het gaat in de thans te geven voorbeelden uitsluitend om de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.²⁰⁰

1. Iemand loopt langs een bouwwerk en krijgt een dakpan op zijn hoofd, die werknemer X c.q. onderaannemer X van aannemer Y tijdens het verwerken van de dakpannen uit zijn handen laat vallen. De passant heeft schade.

Wie kan de passant aanspreken voor deze onrechtmatige daad?

a. *De werknemer c.q. de onderaannemer*, want hij is degene die de daad beging. Wel moet aan de vereisten van art. 6:162 BW zijn voldaan. Toerekening maakt dat de dader maar zelden niet aansprakelijk te stellen zal zijn.

b. *De werkgever c.q. hoofdaannemer*, want de (niet) ondergeschikte werkte in zijn dienst/werd ingeschakeld door hem, zie art. 6:170 resp. art. 6:171 BW. De werkgever c.q. hoofdaannemer kan zich niet onttrekken aan aansprakelijkheid door bijvoorbeeld te betogen dat hij niet de hele dag naast de werknemer kan staan om hem te instrueren.

c. *De opdrachtgever van de werkgever c.q. hoofdaannemer?* Naar alle waarschijnlijkheid niet. Het is niet onmogelijk dat een opdrachtgever van bouwwerkzaamheden wordt aangesproken uit hoofde van een onrechtmatige daad waarbij een opdrachtnemer (in casu de werkgever c.q. de hoofdaannemer) betrokken is. Daarvoor is dan wel vereist dat er betrokkenheid van de opdrachtgever bij de schadeveroorzakende daad moet zijn. Het enkele accepteren van een offerte van de aannemer is daartoe bijvoorbeeld onvoldoende.²⁰¹ Stel echter dat de opdrachtgever in het voorbeeld erop had gestaan dat bepaalde veiligheidsmaatregelen ter voorkoming van dit soort ongelukken niet genomen werden, dan komt een aansprakelijkheid ook van de opdrachtgever in beeld (naast die van de aannemer). Naar de kern genomen: komt vast te staan dat er concrete bemoeienis van de opdrachtgever met de wijze van uitvoering van de opgedragen werkzaamheden is, dan komt ook een mogelijke aansprakelijkheid uit hoofde van een onrechtmatige daad jégens derden in beeld.

d. *De opstalbezitter?* Nee, want de casus is zo geschetst dat het hier geen gebrek aan de opstal betreft, want de dakpan maakte nog geen deel uit van de opstal.

2. Aannemer X bouwt een raam in volgens tekeningen hem ter beschikking gesteld door de raadgevend ingenieur die in opdracht van de opdrachtgever werkte. Het aldus aangebrachte raam valt nog tijdens de bouw van het hele project uit de wand en treft een voorbijganger.

Wie kan de voorbijganger uit hoofde van onrechtmatige daad aanspreken?

²⁰⁰ De aansprakelijkheid uit contractuele relaties komt aan de orde in paragraaf 3.4.

²⁰¹ Zie over deze materie Gerechtshof 's-Hertogenbosch, van 20 januari 2009, LJN BH4224. Zie voorts Bouwrecht in kort bestek, p. 388, 2010, Instituut voor Bouwrecht, Den Haag, waar schrijver dezes betoogt in navolging van vroegere bewerkers van dit deel, dat aansprakelijkheid van de opdrachtgever in beeld komt: '1. wanneer hij de handelingen van de aannemer in het bestek heeft voorgeschreven; 2. wanneer hij daartoe anderszins opdracht heeft gegeven; 3. wanneer het werk niet anders kan worden uitgevoerd, dan door het berokkenen van schade; 4. wanneer hij tekort geschoten is in de keuze van de aannemer; 5. wanneer hij in het bestek verzuimd heeft om maatregelen voor te schrijven die de schade hadden kunnen voorkomen.'

a. *De aannemer?* Deze zal zich verweren met een beroep op het ontbreken van toerekenbaarheid van de daad, omdat hij handelde volgens de instructies van de raadgevend ingenieur. Hier komen de verkeersopvattingen in beeld: brengen de verkeersopvattingen mee dat iemand die een ontwerp uitvoert van een ander, aan de juistheid van welk ontwerp hij niet behoefde te twijfelen, zich kan onttrekken aan aansprakelijkheid, omdat deze daad hem niet toe te rekenen is? Het antwoord op die vraag lijkt bevestigend te zijn.

b. *De ontwerpende raadgevend ingenieur?* De vraag met betrekking tot deze persoon luidt als volgt: is het ontwerpen van inbouw instructies voor een raampartij in welk ontwerp een fout zit die tot schade kan leiden bij derden onrechtmatig indien die schade zich verwezenlijkt? Deze vraag is gericht op de onrechtmatigheid van de daad en de relativiteit van de geschonden norm. In de literatuur²⁰² wordt verdedigd dat de ontwerper in zo'n geval zelfstandig is aan te spreken uit hoofde van een onrechtmatige daad. De relativiteitsvraag is in de literatuur niet expliciet onder ogen gezien. Daarover het volgende. Strekt de norm die deze raadgevend ingenieur heeft geschonden tot bescherming van de belangen van derden/voorbijgangers die langs gebouwen lopend schade lijden als gevolg van zijn foute ontwerp? Het antwoord op deze vraag is niet met zekerheid te geven, maar de rapporteurs achten een bevestigende beantwoording voor de hand te liggen. Deze aansprakelijkheidsstelling komt overigens tot nu toe vrijwel niet voor in de praktijk.²⁰³ Wordt aangenomen dat dit handelen van de raadgevend ingenieur onrechtmatig is (en dat aan de relativiteitseis voldaan is), dan zal de eis van toerekenbaarheid van de daad aan de dader vervolgens naar alle waarschijnlijkheid geen probleem zijn.²⁰⁴

c. *De opdrachtgever?* Zie daarvoor het antwoord op casus 1 onder c.

d. *De opstalbezitter?*²⁰⁵ Ja. Het raam is aangebracht en maakt daarmee onderdeel uit van de opstal, zie lid 3 van art. 6:174 BW. Het gaat hier om risicoaansprakelijkheid in de strikte zin. Het ontkomen aan aansprakelijkheid is dus alleen mogelijk indien voldaan is aan de tenzij formule: aansprakelijkheid zou ook ontbroken hebben indien de bezitter het gevaar op het tijdstip van het ontstaan ervan zou hebben gekend. Stel dat het bouwwerk in aanbouw is en de bezitter zou aanwezig geweest zijn en bekend met het gevaar ten tijde van het ontstaan, bijvoorbeeld hij is bouwkundige en liep rond op de bouwplaats en ziet mogelijk voor derden gevaarlijke situaties. Indien hij dan onmiddellijk maatregelen laat treffen en erop toeziet dat deze ook daadwerkelijk worden

²⁰² Bouwrecht in Kort Bestek, 2010, p. 388 van de hand van schrijver dezes.

²⁰³ De enige keer dat daarvan melding is gedaan, Hof 's-Hertogenbosch, te kennen uit het arrest van HR 9 maart 1973, BR 1973, p. 484 (Boerenleenbank/Van der Reek), oordeelde het Hof dat de architect zo niet aansprakelijk te stellen was. Deze uitspraak is kritisch ontvangen.

²⁰⁴ Art. 6:166 lid 1 BW biedt onvoldoende aanknopingspunten voor een hoofdelijke aansprakelijkheid van de diverse in een bouwproject werkende personen. Deze bepaling luidt als volgt: Indien één van tot een groep behorende personen onrechtmatig schade toebrengt en de kans op het aldus toebrengen van schade deze personen had behoren te weerhouden van hun gedragingen in groepsverband, zijn zij hoofdelijk aansprakelijk indien deze gedragingen hun kunnen worden toegerekend. Asser-Hartkamp-Sieburgh, op. cit, nr. 127, merken op: 'Voor aansprakelijkheid is allereerst vereist dat sprake is van handelen in groepsverband. Hiervoor moet aan een objectief en een subjectief criterium zijn voldaan. Enerzijds moet de deelnemer een bijdrage hebben geleverd aan de gedragingen die het gevaar voor schade hebben doen ontstaan, hetgeen zoals gezegd niet inhoudt dat hij zelf daadwerkelijk aan het toebrengen van de schade moet hebben meegewerkt. Anderzijds moet sprake zijn van een bewust gezamenlijk optreden van de verschillende deelnemers, waarbij echter opzet gericht op het toebrengen van de schade niet is vereist.' Voorts wordt in de Parlementaire Geschiedenis het voorbeeld gegeven van een lid van een medisch team waarbij door een persoon een fout wordt gemaakt, dit geval ligt buiten het bereik van deze bepaling, zie aant. 2d op art. 6:166 Tekst en Commentaar.

²⁰⁵ De opstalbezitter en de opdrachtgever hoeven niet dezelfde persoon te zijn. Mochten zij dat wel zijn, dan moet de gelaedeerde wel zich bewust zijn van het feit dat hij deze persoon op de juiste grond aansprakelijk stelt. Doet hij dat niet, dan is er mogelijk erwils geen man over boord, omdat de rechter binnen de grenzen van art. 25 BRv. de mogelijkheid heeft ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen.

uitgevoerd, kan hij mogelijk ontkomen aan aansprakelijkheid. Maar stel hij is nooit aanwezig op de bouwplaats, dan is dat enkele feit onvoldoende om aan aansprakelijkheid te ontkomen.

3. Een onderaannemer pleegt wanprestatie in zijn relatie met de hoofdaannemer (zijn opdrachtgever), waardoor de opdrachtgever schade lijdt.

Wie kan de opdrachtgever aanspreken uit hoofde van onrechtmatige daad²⁰⁶?

a. *Niet de hoofdaannemer*: de opdrachtgever heeft met deze immers een contract op grond waarvan de aannemer instaat voor het werk van de onderaannemer. Tenzij de schending van de contractuele norm ook los daarvan te kwalificeren is als een onrechtmatige daad, komt dat leerstuk niet in beeld. Dit zou kunnen als bijvoorbeeld de hoofdaannemer de onderaannemer opzettelijk tot het veroorzaken van schade had aangezet. Dit laten de rapporteurs rusten.

b. *De onderaannemer*? Dat hangt af van de vraag of de tekortkoming van de onderaannemer in zijn overeenkomst met de hoofdaannemer als een onrechtmatige daad is te kwalificeren van de onderaannemer jegens de opdrachtgever. De HR heeft in zijn uitspraak van 20 januari 2012, LJN: BT7496 geoordeeld dat dit mogelijk is. De Hoge Raad overweegt o.a.:

‘Bij de beantwoording van de vraag of deze normen zulks meebrengen, zal de rechter de terzake dienende omstandigheden van het geval in zijn beoordeling dienen te betrekken, zoals de hoedanigheid van alle betrokken partijen, de aard en strekking van de desbetreffende overeenkomst, de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken, de vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was, de vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien, de vraag in hoeverre het voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden, de aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt en de vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedekt (HR 24 september 2004, LJN AO9069, NJ 2008/587 (Vleesmeesters/Alog)).

3.4.3 De onderaannemer zal in het algemeen binnen bepaalde grenzen rekening hebben te houden met de belangen van de opdrachtgever en de opdrachtgever zal in het algemeen erop mogen vertrouwen dat de onderaannemer dat doet. Anders dan het middel betoogt, levert een wanprestatie van de onderaannemer jegens de hoofdaannemer op zichzelf nog geen onrechtmatige daad jegens de opdrachtgever op. De hiervoor in 3.2.1 weergegeven stellingen van [eiser], waarvan het hof de juistheid in het midden heeft gelaten en die onmiskenbaar mede als feitelijke basis dienden voor diens vordering uit onrechtmatige daad, kunnen echter, in de context van de onderhavige zaak, het oordeel wettigen dat [verweerder], overeenkomstig het hiervoor in 3.4.2 overwogene, bij de uitvoering van het werk mede jegens [eiser] onzorgvuldig te werk is gegaan en aldus heeft gehandeld in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer jegens [eiser] betaamt. Uit het arrest van het hof wordt niet duidelijk waarom het op dit punt tot een ander oordeel is gekomen.’

²⁰⁶ Let op: het gaat hier alleen om de aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad; over contractuele aansprakelijkheid wordt thans geen uitspraak gedaan, dat komt aan de orde in paragraaf 3.4.

De enkele wanprestatie is niet voldoende, maar juist in het geval van een onderaanneming is sneller aan de eisen van de onrechtmatige daad kwalificatie voldaan dan in andere gevallen. Dus het antwoord is bevestigend: ook een onderaannemer is door de opdrachtgever van de hoofdaannemer onder omstandigheden aan te spreken voor het geval hij tekortschiet in de relatie met de hoofdaannemer. Staat vast dat er een onrechtmatige daad is, dan zal het vereiste van toerekenbaarheid wederom niet veel problemen veroorzaken om te komen tot feitelijke aansprakelijkheid.

4. Van een bouwwerk in aanbouw valt een aangebracht deel naar beneden en een passant wordt getroffen met schade als gevolg. Vast staat dat het hier niet om een fout gaat die terug te voeren is op een ontwerpfout.

Wie kan de gelaedeerde aanspreken?

a. *De bezitter van de opstal ex art. 6:174 BW.* Er wordt gesproken van een aangebracht deel, dus is er sprake van een deel van de opstal. Het gaat hier om risicoaansprakelijkheid in de strikte zin. Zie het antwoord bij 2d.

b. *De personen verantwoordelijk voor de gang van zaken op het project:* zoals de aannemer, de projectleider, de opdrachtgever (dit hoeft niet de zelfde te zijn als de bezitter van de opstal), de werknemer, de onderaannemer? Deze zijn allen potentieel aansprakelijk uit hoofde van art. 6:162 BW; voor de aannemer komt daar nog bij zijn mogelijke kwalitatieve aansprakelijkheid uit hoofde van de artikelen 6:170 en 6:171 BW. Zie de verschillende antwoorden hiervoor. De enige die buiten beeld blijft, omdat de casus uitdrukkelijk zegt dat er geen ontwerpfout is, is de ontwerper (architect en/of raadgevend ingenieur).

5. Van een bestaand gebouw valt een balkon naar beneden. Een passant wordt bedolven en heeft schade.

Wie kan hij aanspreken?

a. *De opstalbezitter.* Zie het antwoord onder 2d.

b. *De uitvoerende partij.* De vraag in termen van het onrechtmatige daadsrecht luidt als volgt: is het onrechtmatig jegens een derde dat een bouwwerk wordt gerealiseerd dat gevaar oplevert voor derden? Ook hier komt de relativiteitseis om de hoek kijken. Onder verwijzing naar het antwoord op vraag 2b achten de rapporteurs verdedigbaar dat de uitvoerende partij aansprakelijk te stellen is. Er moet natuurlijk aan alle voorwaarden van art. 6:162 BW voldaan zijn; denkbaar is dat de uitvoerende partij zoals in casus 2 zich kan verdedigen met de stelling dat er geen toerekening is.

c. *De ontwerpende partij(en).* Hier geldt hetzelfde als bij deze vraag met betrekking tot de uitvoerende partij onder b is opgemerkt.

In de vorige casus ging het steeds om situaties die niet veranderen ten opzichte van de huidige situatie, waarin er nog sprake is van een preventief toezicht. In het nu volgende wordt de situatie besproken dat het preventieve toezicht is vervangen door vormen van certificering. Hoe zit het in die situatie met de aansprakelijkheid van de certificerende instantie?

6. Een certificerende instelling geeft een certificaat af, waarvan naderhand blijkt dat dit certificaat niet afgegeven had mogen worden, omdat aan de eisen waaraan voldaan moet zijn om voor dat certificaat in aanmerking te komen niet is voldaan. In concreto: aan een aannemer is een certificaat afgegeven voor het het op een bepaalde manier verwerken van een bepaalde lijmsort. De werkwijze die de aannemer had bedacht en waarvoor hij een certificaat kreeg, bleek achteraf niet goed onderzocht te zijn en blijkt in de praktijk ook inderdaad feitelijk ondeugdelijk te zijn, want een groot aantal gevelplaten valt bij windkracht 5 van de gevel. Daardoor loopt iemand lichamelijk letsel op en er wordt vermogensschade geleden, omdat een aantal auto's door de gevelpanelen bedolven wordt.

Is de instantie die het certificaat afgaf aansprakelijk te stellen uit hoofde van een onrechtmatige daad jegens de gelaedeerde met het fysieke letsel en de gelaedeerde die vermogensschade heeft?²⁰⁷

Wil er aansprakelijkheid zijn uit hoofde van een onrechtmatige daad, dan moet er voldaan zijn aan de eisen van art. 6:162 BW en art. 163 (relativiteitsvereiste). In die laatste eis zit wat deze casus betreft het probleem. Strekt de geschonden norm tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden? Kan gezegd worden van de norm die door de certificerende instantie is geschonden dat deze strekte ter bescherming tegen de letselschade die in het voorbeeld is geleden? Volstaan wordt met de opmerking, dat niet uitgesloten kan worden, dat de rechtspraak zoals die zich heeft gevormd in de situatie dat het relativiteitsvereiste een rol speelde bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van overheidstoezicht, anders zal komen te luiden wanneer private partijen in de plaats van het overheidstoezicht zijn getreden.

7. In het verlengde van de vorige casus kan ook nog de vraag gesteld worden: kan de vergunningverlenende instantie die een vergunning afgaf, gebaseerd op het overgelegde certificaat (dat dus niet afgegeven had mogen worden) door de gelaedeerde worden aangesproken, omdat het onrechtmatig was op dit certificaat af te gaan?²⁰⁸

Dat lijkt een brug te ver. Om te beginnen zal de vraag rijzen of het handelen van de vergunningverlenende instantie, die geen bemoeienis heeft met de certificerende instantie, wel gekwalificeerd kan worden als een onrechtmatige handelen in de zin van art. 6:162 lid 2 (het zich baseren op het certificaat in een situatie waarin er geen aanwijzingen zijn noch hoefden te worden aangenomen dat deze instantie zijn werk niet goed deed). Stel dat dit wel het geval is, dan rijst de vraag naar de relativiteit van de geschonden norm, zoals hiervoor al aan de orde is geweest. In het zicht van de huidige stand van de rechtspraak is niet wel denkbaar dat er geoordeeld zal worden dat er sprake is van aansprakelijkheid. De casus lijkt immers heel erg op die ten grondslag lag aan het arrest Duwbak Linda. Los daarvan lijkt het causaal verband tussen de schade en de daad waarvan de overheid beticht te ver verwijderd, ook in het zicht van het feit dat het om lichamelijk letsel gaat.

²⁰⁷ Nota bene: de aansprakelijkheid van de eigenaar van het gebouw en de aannemer is al in eerdere voorbeelden aan de orde gekomen.

²⁰⁸ Bij de beantwoording van deze vraag wordt ervan uitgegaan, dat de formele rechtskracht niet in de weg staat aan de onrechtmatige daadsactie, zoals die hier centraal staat. Als aangenomen zou moeten worden dat een gelaedeerde zich had kunnen verzetten tegen een vergunning langs de weg van het bestuursrecht, maar dat toerekenbaar niet deed, is er voor de burgerlijke rechter geen ruimte meer en zal de vordering niet ontvankelijk verklaard worden.

Wel is het van belang te onderkennen dat het instellen van een dergelijke vordering niet wordt voorkomen (dus wel ontvankelijk is) door het feit dat de certificerende instelling de taak heeft op de juiste manier de certificaten af te geven. Dat het de bedoeling is van het nieuwe systeem dat vergunning verlenende instanties hiervoor niet aangesproken worden, staat niet in de weg aan het feit dat een dergelijke vordering wel kan worden ingesteld. Met het oog op deze mogelijkheid kan nog wel overwogen worden dat certificerende instanties gehouden worden tot vrijwaring van de vergunningverlener in dit soort procedures. Dit zou dan meegenomen moeten worden bij de afspraken die met deze instellingen worden gemaakt, dan wel bij het takenpakket dat hen wordt opgelegd.

De laatste situatie die onder ogen wordt gezien betreft de vraag of de Staat aansprakelijk gehouden kan worden vanwege het 'al te zeer uithollen' van de bescherming waar de burger recht op heeft op grond van het Europese recht.

De basis voor een dergelijk verwijt wordt gevormd door: artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), dat luidt als volgt:

Artikel 1. Bescherming van eigendom

Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.

De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.

Voorts zijn van belang de volgende artikelen van het Verdrag:

Artikel 2 Recht op leven

1. Het recht van een ieder op leven wordt beschermd door de wet. (...)

Artikel 8 Recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven

1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

Het voert voor de rapporteurs te ver om uitgebreid op deze vraag in te gaan. Zij betreft het internationale (Europese) recht betreffende de grondrechten en gaat daarmee de kennis van de rapporteurs te buiten. Maar de rapporteurs durven er wel het volgende over te zeggen.

Op basis van de weergegeven bepalingen worden op de overheid positieve verplichtingen gelegd om te zorgen voor regelgeving ter bescherming van het recht op leven²⁰⁹ ook in de ruimtelijke ordeningsregelgeving. Het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven kan relevant zijn in de ruimtelijke ordeningsregelgeving, omdat daarmee ook op andere bedreigingen (bijvoorbeeld schade door

²⁰⁹ Zie bijvoorbeeld EHRM nr. 48939/99, AB 2005, nr. 43 m.nt. Woltjer (Öneriyildiz/Turkijke) en zie EHRM 20 maart 2008, nr. 15339/02, AB 2008, nr. 36 m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik.

geluidsoverlast²¹⁰) bedoeld wordt. De verplichtingen hebben betrekking op het er voor zorgen dat er adequate regelgeving is betreffende het verlenen van vergunningen, veiligheid en toezicht op gevaarlijke activiteiten.

Het bestaan van deze verplichtingen bewoog Heinen en Albers in hun al geciteerde artikel het volgende op te merken:

‘Zo wordt door de slachtoffers het onrechtmatig handelen/nalaten van de Staat en de gemeente Enschede veel concreter geduid. Wij wijzen dan bijvoorbeeld op het toezichts- en handhavingsfalen (in het bijzonder van organen van de gemeente Enschede). Verder zal de relativiteit hier niet in de weg kunnen staan aan het toewijzen van een schadevergoeding. De toegekende (en niet gebruikte) handhavingsbevoegdheden zijn immers vooral in het leven geroepen om omwonenden te beschermen tegen schade (zowel vermogens- als letselschade). In het verlengde hiervan kan ten opzichte van de slachtoffers van de vuurwerkrapport een beroep op art. 1 Eerste Protocol EVRM (en art. 2 EVRM) niet zomaar van tafel worden geveegd.’

Wat betreft de plannen gebaseerd op het rapport van de Commissie Dekker kan vastgesteld worden, dat wat betreft het stellen van regels de overheid geen terugtrekkende bewegingen maakt. Een verwijt dat het gevolg geven aan de aanbevelingen van de Commissie Dekker een handelen in strijd met het EVRM en het erbij behorende Protocol constitueert, lijkt dan ook niet te maken.

Maar hoe zit het met het toezicht, dat van een overheid verwacht mag worden? Hier maakt de overheid wel een terugtrekkende beweging. De vraag is of de alternatieven die mogelijk in de praktijk gezocht en gevonden kunnen worden²¹¹ het terugtrekken van de overheid op het gebied van toezicht in zoverre opvangen, dat niet gezegd kan worden door het EVRM dat de overheid hier qua toezicht op gevaarlijke situaties tekort is geschoten. Die vraag wordt hier slechts opgeworpen en niet beantwoord, omdat deze de expertise van de rapporteurs te buiten gaat.

3.3.4 Conclusies

1. De in paragraaf 3.3.2 opgeworpen vraag ‘Levert dit stelsel moeilijkheden op voor schadelijgende personen (de gelaedeerden)?’ beantwoordend, zijn de volgende conclusies te trekken:

a) als vaststaat dat er sprake is van een onrechtmatige daad, is er sprake van risicoaansprakelijkheid en levert het toerekeningsvereiste in het algemeen geen sta in de weg om tot aansprakelijkheid te komen. Wel zal ook voldaan moeten zijn aan het relativiteitsvereiste. Op dat punt is geen zekerheid te bieden. Wat van dat laatste zij: een aanpassing van de regelgeving rond art. 6:162 BW wordt niet aanbevolen, omdat de casus laten zien, dat het onrechtmatige daadsleerstuk voldoende is ontwikkeld. Wel wordt uitdrukkelijk aandacht gevraagd voor het rekening houden met het relativiteitsvereiste bij de formulering van de taken die op private beoordelende instanties gelegd zullen worden in de toekomst.

b) De regeling in art. 6:174 BW maakt dat het onrechtmatige daadsrecht voor wat betreft de aansprakelijkheid bij bouwwerken een centrale aansprakelijke

²¹⁰ EHRM 20 mei 2010, nr. 61260/08, LJN: B09726, AB 2011/1 m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik.

²¹¹ Het overgaan tot vormen van private beoordeling en het overlaten aan de burgers om zelf op grond van het burgerlijk wetboek hun rechten te handhaven bij al dan niet dreigende schade als gevolg van gebreken aan gebouwen.

persoon kent: namelijk de opstalbezitter.²¹² De positie van de gelaedeerden is daarmee vergaand beschermd.

c) Bewijsrechtelijk: een slachtoffer van een gebrek in een opstal dient te opstalbezitter aansprakelijk te stellen; ontkent die aangesproken partij dat hij aansprakelijk is, dan moet het slachtoffer een gang naar de rechter ondernemen en rust de bewijslast op hem. Procederen is kostbaar en bewijslast betekent bewijsrisico. Hoewel er dus materiële bescherming is voor een gelaedeerde kan het van andere factoren afhangen of deze bescherming geëffectueerd wordt. Het is niet uit te sluiten dat bezitters van opstallen een houding aannemen van 'het zal wel meevallen met aansprakelijkheidsstellingen'. Een dergelijke houding is veel minder te verwachten wanneer men zich bewust is dat er tegen gebreken altijd wordt opgetreden. Ook dit is een factor, al is die niet echt van juridische aard, die bij het afwegingskader meegenomen zal moeten worden.

2. Er wordt op het punt van de aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad één aanbeveling geformuleerd door de onderzoekers en die luidt als volgt: de wijze waarop met het relativiteitsvereiste wordt omgegaan in de rechtspraak is voorwerp van zware kritiek. Het is van belang, dat bij het formuleren van de taken van de private beoordelaars het leerstuk van de relativiteit expliciet betrokken wordt. De opstellers van deze taken dienen een goed begrip van dit ingewikkelde leerstuk te hebben en ten behoeve van de praktijk wordt aanbevolen bij toelichtende stukken uitdrukkelijk aandacht aan deze kwestie te besteden. Hiermee wordt, althans ten dele, voorkomen dat bij latere noodzakelijke interpretatie van de normen waaraan de private toezichthouders gebonden zijn, onduidelijk is hoe deze en daardoor gedekte taken begrepen moeten worden.

3.4 HET OVEREENKOMSTENRECHT

3.4.1. Inleiding

1. Welke bescherming/welke aanspraken biedt het (bouw)contractenrecht aan de consument van een bouwproduct mede in het zicht van het wegvallen van de preventieve bouwtoets? Die vraag is onderwerp van deze paragraaf.

2. Het bouwcontractenrecht is een onderdeel van het contractenrecht en daarom wordt in deze inleiding stilgestaan bij enkele algemene leerstukken die van belang zijn voor een goed begrip hiervan (par. 3.4.2.). Vervolgens wordt ingegaan op de bijzondere bepalingen in het BW betreffende de koopovereenkomst (par. 3.4.3), gevolgd door die betreffende de aannemingsovereenkomst (par. 3.4.4). In par. 3.4.5 wordt uiteengezet hoe in het autonome bouwcontractenrecht (het recht dat buiten de wetgever om tot stand is gekomen, al dan niet in breed overleg tussen opdrachtgevers en opdrachtnemers) de bescherming van de consument/van zijn aanspraken in geval van gebreken geregeld is.

²¹² De figuur van de centrale aansprakelijke persoon is in het contractenrecht niet onbekend, zie art. 7:462 lid 1 BW: Indien ter uitvoering van een behandelingsovereenkomst verrichtingen plaatsvinden in een ziekenhuis dat bij die overeenkomst geen partij is, is het ziekenhuis voor een tekortkoming daarbij mede aansprakelijk, als ware het zelf bij de overeenkomst partij.

3.4.2 Algemene bepalingen in het BW

1. Het Burgerlijk Wetboek bevat overwegend bepalingen van aanvullend recht: partijen bij een overeenkomst mogen een van de wet afwijkende regeling treffen in hun overeenkomst. Doen zij dat niet, dan gelden de wettelijke bepalingen die van toepassing zijn op hun overeenkomst. Het burgerlijk recht draait om wat partijen willen, de zogenaamde partij autonomie staat centraal. Het recht laat de individuen vrijheid om zelf vorm te geven aan wat zij wensen overeen te komen. Deze aan het contractenrecht ten grondslag liggende opvatting wordt algemeen onderschreven, al is er uiteraard wel verschil van mening in de mate waarin bijvoorbeeld zwakkere partijen te hulp geschoten dienen te worden. Een voorbeeld van een situatie, waarin de wetgever zich het lot van zwakkere partijen heeft aangetrokken is het geval dat er sprake is van onredelijke algemene voorwaarden. Over algemene voorwaarden kan in de regel niet onderhandeld worden. Met het oog daarop bevat de wet in Boek 6 een uitgebreide regeling waaronder voor consumenten met name van belang zijn de lijsten met grijze en zwarte bedingen die vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn c.q. dat zijn, zie art. 6:236 en 237 BW. In de bij het aanbestedingsrecht horende Proportionaliteitsgids zijn maatregelen opgenomen die de overheid als opdrachtgever in acht dient te nemen bij het aangaan van overeenkomsten; voor zover van belang wordt op onderdelen uit deze Gids teruggekomen. In het algemeen is het zo, dat zolang de inhoud van de overeenkomst zich bevindt binnen de grenzen van openbare orde en/of goede zeden veel mag in het burgerlijk recht en dat de rechter deze partijautonomie ook zal hebben te respecteren.

2. Het Burgerlijk Wetboek bepaalt in art. 6:74 het volgende:

1. Iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend.

Wanneer kan een tekortkoming de schuldenaar niet worden toegerekend? Dat staat in art. 6:75 BW:

Een tekortkoming kan de schuldenaar niet worden toegerekend, indien zij niet is te wijten aan zijn schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.

Ook hier ziet men het begrip schuld terugkomen, maar eveneens het begrip toerekening (de risicoaansprakelijkheid) zij het dat dit nu anders dan bij art. 6:162 BW negatief is geformuleerd. Ook in het contractenrecht komt het er op neer dat er aansprakelijkheid is indien er sprake is van schuld, maar net als in het onrechtmatige daad recht: ook als er geen schuld is, is aansprakelijkheid aan de orde indien de tekortkoming aan de schuldenaar is toe te rekenen op grond van de wet, de verkeersopvattingen of de rechtshandeling. Is er sprake van een tekortkoming dan staan de schuldeiser verschillende remedies ter beschikking: hij kan nakoming al dan niet in combinatie met aanvullende schadevergoeding vorderen, hij kan vervangende schadevergoeding vorderen en hij kan ontbinding vorderen ook eventueel in combinatie met schadevergoeding. Het voert te ver dit allemaal uit te werken, omdat in de praktijk vooral de regelingen die vorm zijn gegeven in de verschillende algemene voorwaarden relevant zijn. Die komen in par. 3.4.4 aan de orde. Voorts wordt hier niet ingegaan op andere mogelijkheden die een schuldeiser heeft als de schuldenaar tekort schiet zoals een beroep op dwaling etc.

Door deze bepalingen is net als in het eerder beschreven onrechtmatige daadsrecht ook in het contractenrecht het overmachtsgebied ver teruggedrongen; en is een schuldenaar anders gezegd snel aansprakelijk te houden.

Van belang voor dit rapport is nog wel het volgende artikel:

Artikel 6:89 BW

De schuldeiser kan op een gebrek in de prestatie geen beroep meer doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd.

Een schuldeiser die een gebrek ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken moet binnen een bekwame tijd bij de schuldenaar protesteren. Schendt de schuldeiser deze klachtplicht, dan verliest hij zijn rechten op aanspraken tot nakoming, schadevergoeding en/of ontbinding. Wat binnen bekwame tijd is, is afhankelijk van de omstandigheden, zoals bijvoorbeeld de noodzaak om enig onderzoek te plegen. De bepaling geeft geen moment aan dat het gebrek ontdekt had moeten worden: dit kan gelegen zijn voor voltooiing van een opdracht of voor aflevering of op het moment van aflevering dan wel daarna.

3.4.3 Titel 7.1: Koop en Ruil

1. De wetgever heeft in Boek 7 van het BW de eerste titel gewijd aan de koopovereenkomst. Voor een goed begrip is het van belang, dat men zich realiseert dat titel 7.1 primair gericht is op de koop van roerende zaken. De koop van onroerende zaken, waar het hier om gaat, komt nauwelijks in beeld. Waar dit wel gebeurt, gaat het om de bescherming van een consument in de zin van de wet²¹³ bij het aangaan van de koopovereenkomst²¹⁴. Voorts zij gewezen op art. 7:5 BW waar van de consumentenkoop wordt uitgesloten de koop van onroerende zaken.

2. Welke bepalingen in de titel Koop en Ruil bieden bescherming aan de koper van onroerend goed voor wat betreft het onderwerp van deze rapportage: datgene wat gedekt wordt door de preventieve bouwtoets en overgeheveld gaat worden naar controle door vormen van certificering?

3. Voor de koopovereenkomst waarbij het om nieuwbouw onroerend goed gaat, is alleen art. 7:17 BW van belang:

1. De afgeleverde zaak moet aan de overeenkomst beantwoorden.
2. Een zaak beantwoordt niet aan de overeenkomst indien zij, mede gelet op de aard van de zaak en de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan, niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien.
(.....)

²¹³ Consumenten in de zin van het BW zijn kopers die een natuurlijke persoon zijn en niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

²¹⁴ Art. 7:2 BW, schriftelijkheidsvereiste en bedenktijd bij de koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak.

6. Bij koop van een onroerende zaak wordt vermelding van de oppervlakte vermoed slechts als aanduiding bedoeld te zijn, zonder dat de zaak daaraan behoeft te beantwoorden.

4. Deze bepaling is één van de twee conformiteitsbepalingen van deze titel. Met conformiteit wordt bedoeld, dat de zaak de eigenschappen dient te bezitten die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. Het gaat in deze bepaling om materiële aspecten als tegengesteld aan hetgeen waaraan art. 7:15 BW is gewijd en waar het gaat om juridische aspecten. De andere conformiteitsbepaling is art. 7:18 BW. Dat artikel is van toepassing op de consumentenkoop en daarvan is uitgesloten de koop van onroerende zaken.²¹⁵

5. Indien een zaak niet de eigenschappen bezit die verwacht hadden mogen worden heeft de koper aanspraak op correcte nakoming, zie art. 7:21 BW. Deze aanspraak laat de andere rechten of vorderingen (waaronder schadevergoeding ex art. 6:74 BW, ontbinding ex art. 6:265 BW) onverlet, zie art. 7:22 BW. Het begrip conformiteit is een relatief begrip dat gekoppeld is aan de inhoud van de koopovereenkomst en aan wat men gegeven die inhoud mag verwachten. Niet alles wat men mag verwachten, is immers omschreven in de koopovereenkomst. Soms zal men de inhoud moeten uitleggen om er achter te komen wat er precies verwacht had mogen worden. Daarnaast mag een koper verwachten - zonder dat dat gespecificeerd hoeft te worden - dat de zaak de eigenschappen heeft, die voor een normaal gebruik nodig zijn en waarvan de aanwezigheid niet betwijfeld hoefde te worden. Op dit punt wordt nader ingegaan in par. 3.4.5, waar dezelfde vraag zich voordoet bij de koop-/aannemingsovereenkomst en de aannemingsovereenkomst zoals geregeld in het autonome bouwrecht.

6. De relevantie van art. 7:17 BW bij de koop van nieuwbouw is beperkt, zo is uit het dissertatie onderzoek van Bruggeman²¹⁶ gebleken. De consumenten nieuwbouw wordt namelijk in de overgrote meerderheid van de gevallen beheerst door de Koop-/Aannemingsovereenkomst conform het Model afkomstig van Bouwend Nederland, NEPROM en NVB en deze regeling bevat van het BW afwijkende voorwaarden die de aan de orde zijnde vraag uitputtend regelen.

Voor de aannemingsovereenkomsten is de titel Koop en Ruil uit zijn aard niet van belang. Is er echter een combinatie van een aannemingsovereenkomst met een koopovereenkomst die niet beheerst wordt door het genoemde Model dan kan de vraag naar de relevantie van deze bepalingen wel actueel zijn. Dit doet zich voor indien die koopovereenkomst een niet uitputtende regeling bevat en het aanvullende recht van Titel 7.1 niet terzijde is geschoven. Het is dan denkbaar dat een koper van een nieuwbouwwoning gebouwd volgens bijvoorbeeld de UAV 2012 (1989) waaraan gekoppeld een (summiere) koopovereenkomst zich beroept op art. 7:17 BW, indien hij niet heeft gekregen wat hij had meende te moeten krijgen op basis van de overeenkomst. De vraag of hij op die bepaling een beroep kan doen is mede afhankelijk van de vraag hoe de koop- aannemingsovereenkomst gekwalificeerd moet worden. Is dit

²¹⁵ Art. 7:18 BW bevat o.a. een uitgebreidere regeling van het bepaalde in lid (wat mag verwacht worden) en een voor de consument gunstiger bewijsregel.

²¹⁶ E.M. Bruggeman, De koop-/aannemingsovereenkomst in breed perspectief, diss. TU Delft 2010, IBR, Den Haag, zie par. 3.2.4 waar de vraag naar het karakter van de koop-/aannemingsovereenkomst uitgebreid aan de orde komt. Die vraag is dogmatisch van belang, omdat de koop-/aannemingsovereenkomst gekwalificeerd zou kunnen worden als een gemengde overeenkomst en dan rijst de vraag wat de betekenis is van het feit dat in de Titel Koop en Ruil bepalingen zijn opgenomen die bescherming bieden aan kopers van woningen. Bruggeman concludeert evenwel, dat nu het BW op dit punt overwegend aanvullend recht bevat en de koop-/aannemingsovereenkomst afwijkt van het BW en daarvoor in de plaats een zeer uitgebreide regeling geeft, het belang van de vraag of de bepalingen van de koopovereenkomst uit Boek 7 een rol spelen nauwelijks van belang is.

een gemengde overeenkomst of niet? Als er sprake is van een gemengde overeenkomst, komt art. 6:215 BW in beeld:

Voldoet een overeenkomst aan de omschrijving van twee of meer door de wet geregelde bijzondere soorten van overeenkomsten, dan zijn de voor elk van die soorten gegeven bepalingen naast elkaar op de overeenkomst van toepassing, behoudens voor zover deze bepalingen niet wel verenigbaar zijn of de strekking daarvan in verband met de aard van de overeenkomst zich tegen toepassing verzet.

Over de betekenis van deze bepaling wordt zeer getwist²¹⁷, maar de RvA beslist eigenlijk standaard dat de koop-/aannemingsovereenkomst geen gemengde overeenkomst is. Art. 7:17 BW wordt alsdan geoordeeld niet van toepassing te zijn op het aannemingsgedeelte, omdat dat artikel immers deel uitmaakt van de Titel Koop.²¹⁸ Dit betekent, dat in geval van een koop-aannemingsovereenkomst een beroep wordt gedaan op art. 7:17 BW terwijl de tekortkoming schuilt in de werkzaamheden uit hoofde van het aannemingsgedeelte van de overeenkomst, de koper nul op het rekest krijgt. Hij had in dat geval een beroep moeten doen op de bepalingen die op dat deel van toepassing zijn.

Over de vraag wat rechtens is als de RvA zou oordelen dat de koop-/aannemingsovereenkomst wel een gemengde overeenkomst zou zijn, lopen de meningen ook uiteen. Sommigen menen dat alsdan alle regels naast elkaar van toepassing zijn (cumulatietheorie), maar die opvatting is geen gemeengoed.²¹⁹

7. Is het heel problematisch dat deze complicatie van de gemengde overeenkomst bestaat? In enkele gevallen uiteraard wel, namelijk wanneer een koper in een procedure voor het verkeerde anker is gaan liggen. Er is echter meer dan één anker, omdat de Titel van aanneming van werk immers bescherming biedt voor deze gevallen. Het is dus niet zo, dat art. 7:17 BW de enige bescherming voor een koper van nieuwbouw bevat. Kortom: de bescherming die Titel 7.1 biedt aan kopers van onroerend goed is in het zicht van het karakter van de koop-/aannemingsovereenkomst en de aannemingsovereenkomst niet erg relevant.

8. Tot slot: de bescherming die art. 7:17 BW biedt, is bescherming die in beeld komt na aflevering (na voltooiing en oplevering) van de zaak. De preventieve toets van Bouw- en Woningtoezicht vormt een vorm van toezicht op het ontwerp, de aansprakelijkheid uit hoofde van een gebrekkige zaak, zoals hier beschreven, speelt dus in een latere fase en valt buiten wat door de preventieve bouwtoets wordt gedekt.

3.4.4 Titel 7.12 BW: aanneming van werk

1. Welke bepalingen in Titel 7.12 BW zijn van belang voor de bescherming van een opdrachtgever tegen een tekortschietende aannemer, wiens tekortschieten leidt tot fysieke gebreken aan het gebouwde?

2. Het antwoord op deze vraag wordt gevormd door het bepaalde in art. 7:758 lid 3 BW:

²¹⁷ Ibid.

²¹⁸ Bruggeman, p. 58/59, alwaar ook rechtspraak.

²¹⁹ Bruggeman, p. 61.

3. De aannemer is ontslagen van de aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken.

3. Het systeem van aansprakelijkheid is samen te vatten in een hoofdregel en een uitzondering. De hoofdregel is, dat na oplevering de aannemer niet meer aansprakelijk is voor gebreken. De uitzondering daarop is, dat de aannemer wel aansprakelijk is voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering niet redelijkerwijs had moeten ontdekken. Heel kort gezegd: voor op het tijdstip van oplevering verborgen gebreken is de aannemer na oplevering wel aansprakelijk.

4. Als de opdrachtgever op het moment van oplevering een gebrek redelijkerwijs niet had moeten ontdekken, is de aannemer aansprakelijk. Maar die aansprakelijkheid kan als het ware verloren gaan, als na ontdekking van het gebrek de opdrachtgever te lang wacht met een klacht over dit gebrek bij de aannemer. De termijn van de klachtplicht zoals vastgelegd in art. 6:89 BW moet in acht genomen worden ook al is er sprake van een verborgen gebrek waarvoor de aannemer ex art. 7:758 lid 3 BW aansprakelijk is. Ook komt alsdan het bepaalde in art. 7:761 BW in beeld: de rechtsvordering verjaart door verloop van 2 jaren na het protest van de opdrachtgever.

Stel dat een gebrek opgemerkt had kunnen worden voorafgaande aan de oplevering maar niet opgemerkt is? Dat is irrelevant voor de vraag naar de aansprakelijkheid van de aannemer. Alleen als vast komt te staan dat de opdrachtgever een gebrek voorafgaande aan de oplevering *daadwerkelijk* heeft opgemerkt en niet protesteerde kan de aannemer zich verweren tegen aansprakelijkheid met een verwijt aan de opdrachtgever dat hij zich alsdan gedraagt in strijd met redelijkheid en billijkheid, zie art. 6:248 lid 2 BW dan wel op grond van eigen schuld, art. 6:101.²²⁰

5. Wat betekent het dat de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering gebreken redelijkerwijs had moeten ontdekken?

Om te beginnen rijst de vraag of de opdrachtgever tot onderzoek verplicht is op het moment van oplevering? De wettekst dwingt niet tot een bevestigende beantwoording van die vraag.²²¹ Het lijkt er alleen om te gaan: wat had de opdrachtgever gegeven dat hij (een vorm van) onderzoek verrichtte, c.q. gezien zijn aanwezigheid bij de oplevering, redelijkerwijs moeten ontdekken.

6. Welke gebreken de opdrachtgever had moeten ontdekken, hangt af van de deskundigheid die de opdrachtgever ten toon spreide op het moment van oplevering dan wel welke deskundigheid hij aan zijn zijde had ten tijde van de oplevering. Wordt een ondeskundige opdrachtgever bijgestaan door een deskundige, die de oplevering voor hem verricht, dan wordt de deskundigheid van die persoon toegerekend aan de opdrachtgever²²².

7. Het wettelijk systeem houdt in, dat het begrip verborgen gebrek (ofwel gebrek dat redelijkerwijs op het tijdstip van oplevering ontdekt had moeten worden) een relatief begrip is. De mate waarin de aannemer na oplevering aansprakelijk is, is daarmee ook

²²⁰ Asser-Van den Berg, nr. 113, p. 149. Tekst en commentaar Bouwrecht Van der Beek, derde druk, Kluwer, Deventer, aant. 4 op art. 7:758 lid 3, p. 27.

²²¹ Het lijkt er op dat Asser-Van den Berg die vraag wel bevestigend beantwoordt. Hij spreekt namelijk op p. 169, nr. 129, van een door rechtsverlies gesanctioneerde onderzoeksplicht, daarbij het woord onderzoeksplicht cursiverend. Olthof spreekt in dit kader bij haar commentaar op art. 6:89 BW, waaraan art. 7:758 lid 3 BW is ontleend, ook niet in termen van een onderzoeksplicht, maar alleen van een klachtplicht.

²²² Denk in de consumentensfeer aan de bijstand die wordt ingeschakeld bij de oplevering van nieuwbouwwoningen. Ook in de professionele opdrachtgeverswereld worden ter gelegenheid van de oplevering deskundigen ingeschakeld.

relatief. Alles hangt af van de deskundigheid aan de zijde van de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering. Hoe meer deskundigheid ten toon wordt gespreid, hoe sneller een gebrek redelijkerwijs ontdekt had moeten worden.

8. Wordt een gebrek aldus ontdekt²²³, dan moet het aan de aannemer gemeld worden. Met die melding maakt de opdrachtgever kenbaar dat hij het gebrek niet aanvaardt en de aannemer is vanwege de tekortkoming uit hoofde van zijn overeenkomst verplicht dit te herstellen. Bijstand van een deskundige tijdens de oplevering heeft dus als praktisch gevolg, dat gebreken vroeg aan het licht komen en nog hersteld kunnen worden voordat bijvoorbeeld de opdrachtgever het gebouw wil betrekken.

9. Wordt een gebrek niet ontdekt, maar het had het gezien de deskundigheid aan de zijde van de opdrachtgever wel redelijkerwijs ontdekt moeten worden, dan wordt dit beschouwd als een gebrek dat vanwege de zichtbaarheid aanvaard is. Voor zichtbare (aanvaarde) gebreken is de aannemer uit hoofde van het derde lid van art. 7:758 BW uitdrukkelijk niet aansprakelijk. De opdrachtgever, die later voor dit gebrek alsnog de aannemer aansprakelijk wil houden, staat (behoudens bedrog van de aannemer) met lege handen jegens de aannemer.

10. De opdrachtgever kan in dat geval zich omdraaien en de deskundige bijstand aanspreken (ervan uitgaande dat deze extern gecontracteerd is). Hij heeft immers zijn werk niet goed gedaan, door een gebrek dat redelijkerwijs ontdekt had moeten worden gegeven zijn mate van deskundigheid niet te ontdekken. Er is alsdan sprake van een toerekenbare tekortkoming in de uitvoering van de verbintenis voortvloeiend uit het contract tussen de opdrachtgever en de deskundige bijstand. In die relatie zal evenwel waarschijnlijk weinig 'te halen' zijn, omdat voor die relaties in het algemeen de DNR 2011 (2005) gebruikt zal zijn en daarmee wordt de aansprakelijkheid beperkt in omvang en in soort. Alleen directe schade komt voor vergoeding in aanmerking en betwist kan worden dat hier sprake is van directe schade.

Commentaar op het systeem: 1) de redelijkheid van dit stelsel

11. De redelijkheid van dit stelsel, dat er toe leidt dat deskundigheid aan de zijde van de opdrachtgever leidt tot een mogelijke verminderde aansprakelijkheid van de aannemer voor zijn fouten is tijdens de behandeling van het wetsvoorstel uitdrukkelijk aan de orde geweest. De Minister heeft de kritiek van de hand gewezen en reageerde als volgt:

'Het ontwerp bevat geen bepaling over de toerekening van toezicht tijdens de uitvoering van het werk. Voor de oplevering van het werk wordt in artikel 7.12.7a lid 3 bepaald dat de aannemer is ontslagen van de aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken. Uit deze bepaling vloeit inderdaad voort dat, voor zover gaat om het moment van de oplevering, de kwaliteit van het toezicht aan de opdrachtgever wordt toegerekend. De regel van artikel 7.12.7a lid 3 is een concretisering voor de aannemingsovereenkomst van de algemene regel van artikel 6:89 BW. Het ligt voor de hand dat bij deskundig toezicht namens de opdrachtgever bij de oplevering de kans dat alsdan een verborgen gebrek wordt ontdekt groter is dan bij minder deskundig toezicht. Ik zie dan ook niet in waarom de mate van toezicht niet van belang zou mogen zijn voor de mate waarin de opdrachtgever het risico draagt van het niet ontdekken van een gebrek bij de oplevering.'

²²³ En aangenomen lijkt te moeten worden, dat dank zij deskundigheid ten tijde van de oplevering veel gebreken ontdekt worden.

12. Thans worden enkele kanttekeningen bij de wettelijke regeling met daaraan gekoppeld in de praktijk de regeling van de beperkte aansprakelijkheid van de adviseurs²²⁴ geplaatst.

- 1) Zoals beschreven, heeft de aannemer de mogelijkheid om te betogen dat hij voor een verborgen gebrek (door hem veroorzaakt) niet aansprakelijk is, omdat er deskundigheid aan de zijde van de opdrachtgever was ten tijde van de *oplevering* en dat het gebrek aldus onderkend had moeten worden. Zijn verweer tegen de aansprakelijkheid voor zijn eigen fout heeft evenwel niets te maken met de mogelijkheid van een verwijt aan degene die de oplevering deed, dat deze iets deed waardoor hij in de causale keten trad van het veroorzaken van de schade. De deskundige die tijdens de uitvoering een fout over het hoofd ziet, die hij redelijkerwijs had moeten ontdekken, en die vervolgens tegen de aannemer zegt: ga zo door, treedt in de keten van fout naar uiteindelijke schade. Betoogd kan zelfs worden dat hij de keten van de aannemer naar de schade doorbreekt en dat het daarom gerechtvaardigd is dat het de deskundige toezichthouder moet zijn die verantwoordelijk en aansprakelijk gehouden moet worden.

Maar die situatie doet zich tijdens de oplevering (en daar gaat het in de wet om) niet voor. Daar gaat het slechts om een dechargerende goedkeuring van hetgeen de aannemer verrichtte. Is het vanuit dat perspectief verdedigbaar dat het rechtsgevolg van een fout handelen van de deskundige tijdens de oplevering moet zijn, dat de aannemer voor door hem gemaakte uitvoeringsfouten niet aansprakelijk is, omdat deze aanvaard zouden zijn?²²⁵ De vraag stellen is hem beantwoorden: er is veel voor te zeggen om hem ontkennend te beantwoorden.

Een ontkennende beantwoording is ook gegeven door Van den Berg en Overtoom²²⁶ in een artikel gewijd aan de verborgen gebreken verzekering. Schrijver dezes heeft zich daarbij aangesloten in de noot genoemd in noot 170, en pleit voor een heroverweging van dit stelsel mede gezien het feit dat ook de rechtspraak zich niet altijd gelukkig toont met de uitkomsten waartoe het stelsel dwingt en mede gezien het feit dat de aansprakelijkheidsbeperkingen in de adviseursvoorwaarden ook voortdurend onder druk staan. In 2007 was er niet veel steun te bekennen voor een wijziging van het stelsel²²⁷, mogelijk dat thans een discussie daarover tot een andere visie kan leiden.

Aan het voorgaande kan voorts toegevoegd worden het argument, dat de aannemer door dit systeem een voordeel heeft, dat geheel buiten hem om tot stand is gekomen, namelijk het deskundige toezicht. Iets waartoe de opdrachtgever niet verplicht is.²²⁸

²²⁴ Conform de DNR 2011 (2005).

²²⁵ Dit betoog is ontleend aan de noot bij RvA 30 mei 2006, nr. 27.704, BR 2007, p. 53, van schrijver dezes.

²²⁶ B. van den Berg en P.J.J. Overtoom, De verborgen gebreken verzekering, BR 2006, p. 417 e.v. Zie over de verborgen verzekering van Prorail (waar dit artikel over gaat), hieronder, par. 3.4.5.6.

²²⁷ Ook niet in Asser-Van den Berg (nr. 110 e.v.), waar wel kritiek wordt geuit op de rechtspraak van de RvA in dezen, maar waar niet wordt opgeroepen tot een wijziging van het systeem zoals dat in de wet, de UAV 2012 (1989) en de UAV-GC 2005 is vastgelegd. Hij is van mening dat de Raad van Arbitrage verkeerd om gaat met het bepaalde in par. 12 UAV 1989. Ook W.J.M. Herber, Directievoering en aansprakelijkheid aannemer, BR 2006, p. 524, achtte een wijziging van par. 12 UAV 1989 niet nodig. Hij zocht de oplossing als volgt: arbiters moeten sneller tot het oordeel komen dat een aannemer in strijd handelt met redelijkheid en billijkheid door een beroep te doen op het zichtbare karakter van de door hem gemaakte fout. Deze fout is dan immers a fortiori zichtbaar voor de aannemer, zie p. 529.

²²⁸ Dit laatste argument is in de literatuur naar voren gebracht in het kader van de UAV, zie Asser-Van den Berg, nr. 110.

Het probleem is dat de wet het mogelijk maakt dat de aannemer door te wijzen naar de fout van een ander zich kan onttrekken aan aansprakelijkheid. De wet verschaft de aannemer daartoe munitie. Het bezwaar in algemene zin is, dat waar aansprakelijkheid ontbreekt, dan wel verminderd is, dit gevolgen heeft voor de prikkel om goed te presteren. Aansprakelijkheid is immers ook een mechanisme om tot goede prestaties aan te zetten.²²⁹

Uitdrukkelijk zij opgemerkt, dat een systeem waarbij de aansprakelijkheid van de aannemer wordt uitgebreid door de geschetste weg van het verweer van de aannemer te blokkeren, gepaard dient te gaan met een vorm van verzekering. Anders loopt de aannemer economisch te groot risico.²³⁰ Maar deze verzekering moet niet als effect hebben, dat de prikkel om goed te presteren via de achterdeur dan weer ongedaan gemaakt wordt.²³¹ Er zal dan ook een vorm van toezicht en sancties vanuit de verzekering in het leven geroepen moeten worden, waardoor de aannemer er optimaal belang bij blijft hebben om goed te presteren. Ook zij uitdrukkelijk opgemerkt, dat een dergelijke wijziging van de wet op draagvlak goed voorbereid dient te worden door een brede discussie tussen overheid enerzijds en betrokken spelers anderzijds.

- 2) De tweede kanttekening betreft de zinsnede/het begrip ‘redelijkerwijs had moeten ontdekken’. Dit is een relatief begrip, maar het is ook een abstract en normatief (en daarmee: vaag) begrip. Het biedt alle gelegenheid aan de aannemer om te betogen dat *deze* opdrachtgever met *deze* deskundigheid de fout wel degelijk *had moeten ontdekken*, waarna arbiters of rechters er aan te pas moeten komen om de vraag te beantwoorden: hoe zat dat met *deze* opdrachtgever en met *deze* deskundigheid in dit geval? Uit de overvloedige rechtspraak - in zake met name de algemene voorwaarden - blijkt dat de vraag of de opdrachtgever een gebrek redelijkerwijs had moeten ontdekken met grote regelmaat onderwerp van arbitrage is.

Waarom het systeem niet omgegooid en als volgt te werk gaan: bij de oplevering wordt in het proces verbaal van oplevering opgeschreven wat er aan zichtbare gebreken is en alles wat niet opgeschreven is, is per definitie verborgen met als rechtsgevolg: aansprakelijkheid aannemer? Het systeem kan dan in stand blijven: na oplevering is de aannemer ontslagen van aansprakelijkheid, behoudens verborgen gebreken. Maar over wat in casu een verborgen gebrek is, hoeft niet meer getwist te worden met de hulp van derden. Alleen de werkwijze ter gelegenheid van de oplevering moet feitelijk veranderen.

Een verdergaand alternatief zou zijn, de regeling wel ten principale te wijzigen en de aannemer ongeclausuleerd aansprakelijk te houden voor een bepaalde periode.

En een minder vergaand voorstel zou kunnen zijn: de aannemer garandeert herstel van bepaalde gebreken ongeacht of ze zichtbaar of niet zijn vergelijkbaar met het systeem onder de koop-/aannemingsovereenkomst waaraan gekoppeld

²²⁹ Zie in deze zin met name S. Gambon, Naar een andere regeling van aansprakelijkheid voor gebreken, enkele rechtsvergelijkende beschouwingen over de regeling van aansprakelijkheid naar Frans recht, BR 2007, p. 26.

²³⁰ In deze zin ook Gambon, p. 31.

²³¹ Uit het artikel van Gambon blijkt duidelijk dat in een systeem waarin een verzekering(splicht) een grote rol speelt, het gevolg niet noodzakelijkerwijs is, dat de kwaliteit van de bouw verbetert of het aantal juridische procedures afneemt. Geconstateerd wordt dat er vooral een verschuiving van de kosten plaats vindt naar verzekeraars. Ook het feit dat de deelnemers aan het bouwproces (ontwerpers en aannemers) onbeperkt hoofdelijk aansprakelijk zijn jegens de opdrachtgever heeft naar Gambon op p. 31 betoogt, niet geleid tot een betere beheersing van risico's.

een garantie- en waarborgregeling. Op deze alternatieven wordt later teruggekomen.

- 3) De derde kanttekening betreft de beperking van de aansprakelijkheid van de adviseur die de opdrachtgever bijstond bij de oplevering. Voor die aansprakelijkheidsbeperking geldt hetzelfde als wat hiervoor bij de aannemer is opgemerkt: beperking aansprakelijkheid betekent beperking van prikkels werk optimaal te verrichten. Ook hetgeen over de verzekering is opgemerkt, is met betrekking tot de adviseurs onverminderd van kracht.
- 4) Het vierde punt betreft de vraag naar de rol van de opdrachtgever ten tijde van de oplevering. In de woorden van Asser-Van den Berg²³²: 'Het door de aannemer ter beschikking stellen van het tot stand gebrachte werk volstaat niet om de oplevering te voltooien. Daarvoor is voorst vereist dat het werk door de opdrachtgever is aanvaard. Om het werk te kunnen opleveren is derhalve nodig dat de opdrachtgever zich erover uitsprekt of het werk door hem wordt aanvaard.'. Over de aard van die 'verplichting' rustend op de opdrachtgever leert Asser-Van den Berg t.a.p. voorts: 'Art. 7:758 lid 1 BW houdt geen juridisch afdwingbare verplichting in van de opdrachtgever om aan de oplevering medewerking te verlenen door zich over de aanvaardbaarheid van het werk uit te spreken. De sanctie van stilzwijgende aanvaarding vormt echter voor de opdrachtgever wel een zeer krachtige prikkel om zich daar toch over uit te laten. Zie hierover ook nr. 75. Voorts is niet uitgesloten dat op de opdrachtgever op grond van de overeenkomst een verbintenissen rust om aan de oplevering medewerking te verlenen (MvT, Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 29)'.²³³

In nr. 129 werkt Asser-Van den Berg dit nog wat verder uit: 'Uit deze bepaling vloeit voor de opdrachtgever een door rechtsverlies gesanctioneerde onderzoeksplicht voort. De bepaling vormt een nadere concretisering voor de aannemingsovereenkomst van de in art. 6:89 BW²³³ neergelegde regel. Zoals hierboven (zie nr. 113) is uiteengezet heeft de wetgever de mogelijkheid van rechtsverlies uitdrukkelijk willen beperken tot gebreken die de opdrachtgever redelijkerwijs had moeten ontdekken op het tijdstip van oplevering. Met betrekking tot gebreken die de opdrachtgever vóór dat moment had kunnen onderkennen, doch niet onderkend heeft, vervalt de aansprakelijkheid van de aannemer niet.'

In dit verband worden twee vragen opgeworpen:

- 1) dwingen de tekst van de wet dan wel systeem van de wet (art. 7:758 lid 3 jo. 6:89 BW) tot het aannemen van een actieve gehoudenheid van de opdrachtgever om feitelijk onderzoek te doen ten tijde van de oplevering. Het belang van dit punt wordt gevormd door het mogelijke verweer dat de aannemer kan voeren, dat juist door dit onderzoek de opdrachtgever tekortkomingen had moeten ontdekken en bij het niet melden van die tekortkomingen de aannemer van aansprakelijkheid is ontslagen.
- 2) indien vraag 1 bevestigend beantwoord wordt, zou niet overwogen dienen te worden de wet zo aan te passen dat deze

²³² Nr. 126.

²³³ Art. 6:89 BW luidt als volgt: De schuldeiser kan op een gebrek in de prestatie geen beroep meer doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd.

onderzoeksplicht wordt afgeschaft en dat de opdrachtgever slechts verplicht is om duidelijk te maken dat hij het werk als opgeleverd beschouwt. Een alternatief zou een regeling kunnen zijn, die inhoudt dat de opdrachtgever wel gehouden is tot onderzoek, maar dat dit onderzoek op geen enkele manier afbreuk doet aan de aansprakelijkheid van de aannemer.

- 5) Een ander onderwerp heeft betrekking op hoofdelijkheid. In het BW wordt in art. 6:102 bepaald, dat er sprake is van hoofdelijkheid wanneer op ieder van twee of meer personen een verplichting tot vergoeding van dezelfde schade rust. Hoofdelijkheid is een uitzondering op de hoofdregel, dat wanneer een prestatie door meer dan één schuldenaar verschuldigd is, de schuldenaren voor een gelijk deel verbonden zijn. Hoofdelijkheid is een onderwerp dat in bouwrelaties veel aan de orde is, en daarbij is het steeds de vraag of aannemer en ontwerper inderdaad beiden verplicht zijn tot vergoeding van dezelfde schuld.²³⁴ In het Franse BW is in art. 1792 bepaald, dat iedere constructeur van een werk aansprakelijk is jegens de opdrachtgever voor gebreken. Er is hier sprake van hoofdelijkheid, inhoudende dat als er een gebrek is (de bewijslast van het gebrek rust op de opdrachtgever), de opdrachtnemers hoofdelijk aansprakelijk zijn. Zij kunnen daaraan slechts ontkomen indien er sprake is van een 'cause étrangère'.²³⁵ Het wijzen naar een fout van andere opdrachtnemer is niet zo'n oorzaak.²³⁶ Vanuit het gezichtspunt van de opdrachtgever kan men zich voorstellen dat een voorbeeld wordt genomen aan de Franse regeling. Dat maakt de positie van de opdrachtgever sterker, omdat hij kan volstaan met het bewijs van een gebrek, maar niet belast is met het bewijs van wie verantwoordelijk is voor dit gebrek en of het gebrek aan deze persoon toegerekend dient te worden. Wel verlegt een dergelijk systeem van hoofdelijkheid de discussies (en dus juridische procedures) naar de hoofdelijk aansprakelijken, die uiteraard niet voor meer draagplichtig zullen willen zijn dan waarvoor zij daadwerkelijk verantwoordelijk en aansprakelijk zijn.^{237/238}
- 6) De regeling van art. 7:758 lid 3 BW loopt niet uit de pas met die in de wettelijke regelingen in de ons omringende landen en dat is een bewuste keus van de wetgever geweest.²³⁹ Ook in die landen is het systeem zo, dat er geen rechtsverlies optreedt inzake gebreken die de opdrachtgever had kunnen zien tijdens de uitvoering, doch wordt wel rechtsverlies gekoppeld aan wat de opdrachtgever had moeten zien ten tijde van de oplevering.
- 7) Er is wel een belangrijk verschil met het Franse systeem van aansprakelijkheid na oplevering: ook daar speelt het verborgen gebrek een rol, maar anders dan in Nederland wordt de deskundigheid van de directie niet toegerekend aan de opdrachtgever, waardoor per saldo een gebrek naar Frans recht minder snel een zichtbaar gebrek is dan in Nederland.²⁴⁰ Een ander belangrijk verschil tussen het

²³⁴ Zie voor een bespreking van de rechtspraak die gevormd is op dit onderwerp, Hoofdelijkheid in het bouwcontractenrecht, TBR 2008, afleveringen 1 en 2.

²³⁵ Gambon, p. 27.

²³⁶ Dat zijn alleen: overmacht, veroorzaking van het gebrek door de opdrachtgever en het ontbreken van causaal verband tussen het gebrek en de opdracht.

²³⁷ Ook hier toont Gambon, p. 30, zich kritisch ten aanzien van het Franse systeem. Tot betere communicatie tussen partijen en betere interne en externe controle op de bouw heeft ook dit aspect geen aanleiding gegeven. Zij wijst ook in dit verband nogmaals op de invloed van het feit dat men verzekerd is: de risico's liggen per saldo daar.

²³⁸ Hetgeen hier opgemerkt wordt, is eveneens aan de orde betreffende de regelingen van de algemene voorwaarden. Dit wordt daar niet herhaald.

²³⁹ Zie Asser-Van den Berg, p. 149.

²⁴⁰ Gambon, p. 28. Op die pagina wordt in plaats van 'zichtbaar' het woord 'verborgen' gebruikt; navraag bij de auteur leerde dat dit een verschrijving is.

Franse en het Nederlandse stelsel is dat het Franse stelsel dwingendrechtelijk van aard is en bij ons van aanvullend recht.²⁴¹

- 8). Een andere kijk op de aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering treft men aan in de Principles of European Law, van de Study Groep on a European Civil Code, Service Contracts (afgekort: PEL SC)²⁴². De volgende artikelen zijn van belang:

Artikel 2:105: Inspectie, toezicht en aanvaarding

(1) Overeenkomstig Artikel 1:104(1)(d) (Samenwerkingsplicht) is de opdrachtgever gerechtigd op een redelijke wijze en op een redelijk tijdstip de hulpzaken en hulppersonen in het aannemingsproces, het proces van de vervaardiging van de zaak en de zaak zelf te inspecteren en hierop toe te zien, zonder dat hij hiertoe gehouden is.

(.....)

(3) Gebreke aan, of inadequate inspectie, toezicht of aanvaarding bevrijdt de aannemer noch geheel, noch ten dele van aansprakelijkheid. Deze regel is eveneens van toepassing wanneer op de opdrachtgever een contractuele verplichting rust tot inspectie, toezicht of aanvaarding van de zaak of de vervaardiging ervan.

Artikel 2:106: Oplevering van de zaak

(1) Indien de aannemer de zaak, of een gedeelte ervan dat geschikt is voor afzonderlijk gebruik, als voldoende voltooid beschouwd en de controle erover wil overdragen aan de opdrachtgever, dan is de opdrachtgever gehouden de controle over de zaak, of dat gedeelte ervan, te aanvaarden binnen een redelijke termijn nadat de aannemer hiervan kennis heeft gegeven. De opdrachtgever kan de overname van de controle weigeren wanneer de zaak, of het relevante gedeelte ervan, niet overeenstemt met de overeenkomst en deze nonconformiteit de zaak, of het relevante gedeelte ervan, ongeschikt voor gebruik maakt.

(2) Aanvaarding van de controle over de zaak door de opdrachtgever bevrijdt de aannemer noch geheel, noch ten dele van aansprakelijkheid. Deze regel is eveneens van toepassing wanneer op de opdrachtgever een contractuele verplichting rust tot inspectie, toezicht of aanvaarding van de zaak of de vervaardiging ervan.²⁴³

²⁴¹ Gambon, p. 28.

²⁴² Onder redactie van M. Barendrecht, C. Jansen, M. Loos, A. Pinna, R. Cascão, S. van Gulijk, 2007. Het gaat hier om een grote groep personen afkomstig uit de wetenschap uit heel Europa, die voorstellen hebben geformuleerd hoe een Europees burgerlijk wetboek er uit zou kunnen zien. In het deel over de 'Service contracts' gaat het om wat hier te lande heet de bijzondere overeenkomsten, geregeld in Boek 7 en 8 BW. Hoofdstuk 2 van de PELSC is gewijd aan het recht van aanneming van werk.

²⁴³ De Nederlandse vertaling van de Engelse teksten verdient niet de schoonheidsprijs. Volledigheidshalve worden de Engelsen teksten ook weergegeven: Article 2:105: Inspection, Supervision and Acceptance (1) In accordance with Article 1:104(1)(d) (Duty to Co-operate), the client may inspect or supervise the input in the construction process, the process of construction and the resulting structure in a reasonable manner and at any reasonable time, but is not bound to do so. (.....) (3) Absence of, or inadequate, inspection, supervision or acceptance does not relieve the constructor wholly or partially from liability. This rule also applies when the client is under a contractual obligation to inspect, supervise or accept the structure or the construction of it. Article 2:106: Handing-over of the Structure (1) If the constructor regards the structure, or any part of it that is fit for independent use, as sufficiently completed and wishes to transfer control over it to the client, the client must accept such control within a reasonable time after being notified. The client may refuse to accept the control when the structure, or the relevant part of it, does not conform to the contract and such nonconformity makes it unfit for use. (2) Acceptance by the client of the control over the structure does not relieve the constructor wholly or partially from liability. This rule also applies when the client is under a contractual obligation to inspect, supervise or accept the structure or the construction of it.

Het systeem dat hier wordt voorgesteld, houdt in dat de aannemer na oplevering helemaal niet bevrijd is van aansprakelijkheid en dat aan onderzoek van het gebouw door de opdrachtgever geen enkele vorm van rechtsverlies wordt gekoppeld.

13. Het voorgaande laat zich samenvatten als volgt: een verbetering van de positie van de opdrachtgever kan op verschillende manieren bewerkstelligd worden:

- 1) door een wijziging van het begrip 'verborgen gebrek': verborgen is alles wat niet op het proces-verbaal van oplevering is genoteerd;
- 2) door het afschaffen van de beperkte aansprakelijkheid na oplevering (dus ook voor niet-verborgen/zichtbare gebreken is de aannemer aansprakelijk) door dit te vervangen door een systeem waarbij de oplevering tot geen enkel verlies van rechten van de opdrachtgever leidt. Dit dient te gebeuren in combinatie met een systeem van verzekering zodat het economisch bestaan van de aannemer beschermd is zonder evenwel dat de prikkel om goed te presteren verloren gaat;
- 3) indien wordt gekozen voor een systeem waarbij de aansprakelijkheid van de aannemer wel beperkt blijft tot de verborgen gebreken, dan is er reden om te kijken naar de aansprakelijkheidsbeperking van de adviseur die een opdrachtgever bijstaat op het moment van toezicht/controle; ook voor die situatie geldt dat alsdan naar een systeem van verzekeraarbaarheid gekeken moet worden gekeken.

De gedane voorstellen leiden ertoe, dat de positie van de opdrachtgever zal verbeteren. De positie van de aannemer zal alsdan dienovereenkomstig verslechteren. Het gaat in deze aansprakelijkheidsverdeling om een 'zero sum game' ofwel communicerende vaten: verbetering van de ene positie betekent verslechtering van de positie van de ander.

Maar: dit is slechts de juridische werkelijkheid. Indien de gewijzigde juridische werkelijkheid namelijk leidt tot een zodanige prikkel ten opzichte van de aannemer dat de gebreken daadwerkelijk worden teruggebracht, dan gaan beide partijen er in werkelijkheid en juridisch op vooruit. De aannemer zal dan immers niet meer aansprakelijk gesteld worden, want hij maakt geen (of minder) fouten. En oplevering zonder fouten of met minder fouten leidt tot een verbetering van de werkelijke wereld.

3.4.5 Het autonome bouwrecht

3.4.5.1 Inleiding

1. De regelgeving tot stand gekomen in het autonome bouwrecht is voor de praktijk van het ontwerpen en bouwen het belangrijkste. De algemene voorwaarden DNR 2011 (2005), UAV 2012 (1989) en de UAV-GC 2005 worden in contractuele verhoudingen vrijwel standaard gebruikt. Er zijn nog andere modellen, zoals het bouwteammodel en het model voor DBFMO contracten, maar die blijven buiten beschouwing.

2. In deze paragraaf komen achtereenvolgens aan de orde de verhouding opdrachtgever-adviseur, zoals vorm gegeven in de DNR 2011 (2005), gevolgd door de verhouding opdrachtgever-aannemer (UAV 2012/1989), dan de verhouding met een

ontwerpende en uitvoerende opdrachtnemer (de UAV-GC 2005), vervolgens de verhouding tussen een consument die een koop-/aannemingsovereenkomst aangaat met een ondernemer, aan welke overeenkomst een garantie- en waarborgregeling gekoppeld is en tot slot de verborgen gebreken regeling van ProRail. Hoe zit het in deze algemene voorwaarden met de kwaliteitsborging van de opdrachtnemer, welke aansprakelijkheidsregimes kennen deze voorwaarden?

3.4.5.2 De verhouding opdrachtgever en adviseur: DNR 2011 (2005)

1. De relatie tussen een opdrachtgever en een ontwerper/adviseur²⁴⁴ (architect c.q. raadgevend ingenieur) wordt in het algemeen beheerst door de De Nieuwe Regeling 2011 (2005). Hoe zit het met de verplichtingen en daaraan gekoppelde verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van de adviseur indien een gebouw gebreken vertoont, die veroorzaakt zijn door fouten van de adviseur?

2. De eerste vraag is: wat is de taak van de adviseur en wat is de norm waaraan zijn werkzaamheden worden getoetst?

Voor het antwoord op deze vraag dient art. 11 lid 2 DNR 2011 (2005) te worden geraadpleegd. Deze bepaling luidt voor zover van belang als volgt:

De adviseur is gehouden de opdracht goed en zorgvuldig uit te voeren, de opdrachtgever onafhankelijk in een vertrouwenspositie terzijde te staan en zijn diensten naar beste kunnen en wetenschap te verrichten.

3. In Tekst en Commentaar Bouwrecht wordt inzake deze bepaling opgemerkt:

‘De maatstaf aan de hand waarvan de adviseur de opdracht dient uit te voeren, is die van goed en zorgvuldig uitvoeren. De tekst van de regeling noch de Toelichting p. 21, omschrijven wat hieronder verstaan moet worden. Wel wordt in de Toelichting p. 21, p. 15 ingegaan op het karakter van deze verplichting. De verplichtingen van de adviseur zijn niet per definitie resultaats- óf inspanningsverplichtingen. Ter illustratie wordt in de Toelichting t.a.p., gewezen op berekeningen: voor de juistheid daarvan staat de adviseur in en is er dus sprake van een resultaatsverbintenis. Houdt de opdracht echter in dat in een onzekere omgeving, zoals een bodem, onderzoek gedaan moet worden, dan kan de adviseur niet voor het resultaat instaan, maar is het voldoende dat hij zich heeft ingespannen. Of van voldoende inspanning sprake is geweest, is afhankelijk van de aard en de inhoud van de opdracht, de aard van het object en de omgeving waarin een object gerealiseerd dient te worden. De bepaling dat de adviseur zijn diensten naar beste kunnen en wetenschap verricht, suggereert dat het hierbij om subjectieve criteria gaat. In de literatuur (Zie Bouwrecht in kort bestek, 2010, p. 266 en M.A.B. Chao-Duivis, Een vergelijking van het recht van de architect en de raadgevend ingenieur in Nederland en België, in Jaarboek Bouwrecht 2004-2005, Die Keure, 2005, p. 108) wordt evenwel betoogd dat arbiters een hoge meetlat aanleggen waar het gaat om de vraag of tekortgeschoten is; aangenomen wordt daarom dat het hier gaat om een geobjectiveerd criterium. Opmerking verdient voorts dat van de adviseur verlangd wordt dat hij rekening houdt met de ‘state of the art’, op het moment van het uitvoeren van de opdracht. Dit begrip wordt in de jurisprudentie soms

²⁴⁴ Hierna te noemen conform de terminologie van de DNR: adviseur.

gelijkgesteld met normale vakkennis. Voor een overzicht van de jurisprudentie zie Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht (voorheen: Hoofdstukken Bouwrecht) deel 9, nr. 501. Of de adviseur zich gekwetten heeft van de verplichting de opdracht goed en zorgvuldig uit te voeren, wordt uiteindelijk beoordeeld aan de hand van het begrip toerekenbare tekortkoming (zie de aantekeningen bij art. 1).’.

4. Wat betreft de verplichtingen van de adviseur is ook het bepaalde in lid 4 van art. 11 van belang:

De adviseur houdt rekening met de voor de opdracht van belang zijnde publiek- en privaatrechtelijke regelingen, waarvan het bestaan van algemene bekendheid onder adviseurs mag worden verondersteld.

Daarover is het volgende op te merken²⁴⁵. De term regelingen duidt er op dat onder dit begrip niet alleen wetten vallen, maar ook beschikkingen, beleidsregels, algemene maatregelen van bestuur, handboeken met veiligheidscodes en convenanten die zijn afgesloten en waar ruchtbaarheid aan is gegeven en die bekend horen te zijn onder adviseurs. Lid 4 ziet op de consequenties die regelgeving heeft voor de eigen werkzaamheden van de adviseur (los van de verplichting de opdrachtgever te moeten attenderen uit hoofde van het bepaalde in art. 2 lid 3 sub h). De meeste regelgeving zal in termen van de DNR gekarakteriseerd dienen te worden als regelgeving die van algemene bekendheid is onder de adviseurs. Het begrip algemeen bekend is gerelateerd aan het onderwerp van de opdracht. Bijzondere regelgeving zal dan ook betrekking dienen te hebben op bijzondere omstandigheden te maken hebbend met deze opdracht. Een voorbeeld van dergelijke regelingen is de mogelijk vereiste toestemming van burens bij een ingreep in een gebouw. De adviseur heeft aangaande die regelgeving wel verplichtingen, doch deze vloeien voort uit de concrete afspraak waartoe die regelgeving aanleiding heeft gegeven. In lid 4 gaat het om regelgeving, waaromtrent geen afzonderlijke afspraak is gemaakt. De van de adviseur verwachte kennis van publiek- en privaatrechtelijke regelingen is op tweeërlei wijze beperkt. De verwachte kennis is enerzijds gerelateerd aan de opdracht en anderzijds gaat het om kennis, waarvan het bestaan van algemene bekendheid onder adviseurs bekend verondersteld mag worden. Van adviseurs (Toelichting t.a.p., p. 16) wordt niet verwacht dat zij alle regelingen ook daadwerkelijk (geheel) kennen, maar wel dat zij van het bestaan van regelgeving die op een verleende opdracht van toepassing is op de hoogte zijn. De verplichting die in dezen op de adviseur rust, is niet zonder meer te kwalificeren als een inspanningsverplichting. Weliswaar garandeert de adviseur niet dat een bouwvergunning wordt verkregen op straffe van verlies van zijn honorarium, zie AIBk 19 december 1985, BR 1987, p. 247, maar hij moet volgens arbiters wel een ontwerp maken ‘dat voor vergunningverlening in aanmerking komt’. In deze omschrijving is een duidelijk resultaatselement te herkennen. De architect moet rekening houden met objectief kenbare regelgeving zoals de eisen van het Bouwbesluit, zie bijvoorbeeld AIBk 11 november 2004, BR 2006, p. 370. Hij moet ook rekening houden met de in een bestemmingsplan aangegeven bestemming. Als die een obstakel vormt, doch deze hindernis kan door een vrijstelling worden overwonnen, heeft hij slechts een inspanningsverplichting m.b.t. het verkrijgen daarvan, zie voorts S. van Gulijk in M.A.M.C. van den Berg, A.G. Bregman, M.A.B. Chao-Duvis, Bouwrecht in kort bestek, 2010, p. 225 e.v. De Toelichting, p. 22 geeft het voorbeeld van de bij de bouw van een ziekenhuis betrokken ontwerper. Van deze adviseur wordt niet verwacht dat hij de regelgeving omtrent het werken met radioactieve stoffen inhoudelijk kent, maar wel dat hij van het bestaan van deze regelgeving op de hoogte is. Trof hij geen voorzieningen

²⁴⁵ Ontleend aan Tekst en Commentaar aant. 5 op art. 11 DNR 2011 (2005).

voor deze stoffen dan kan hij zich niet verweren met de stelling dat deze regelgeving niet van algemene bekendheid is onder adviseurs of dat hij niet eerder een ziekenhuis ontwierp.

5. De adviseur die de verplichtingen van art. 11 niet naleeft, kan aangesproken worden op basis van een tekortkoming. Deze moet dan wel toerekenbaar zijn, aldus art. 13, waarmee de regeling van de aansprakelijkheid van de adviseur (Hoofdstuk 6 van de DNR) aanvangt:

1. De adviseur is jegens de opdrachtgever aansprakelijk voor zijn toerekenbare tekortkoming. Voor zover nakoming niet reeds blijvend onmogelijk is, vindt tekortkomingen dit lid slechts toepassing met inachtneming van de wettelijke regeling van verzuim van de schuldenaar.
2. Maakt de adviseur bij de vervulling van de opdracht gebruik van een andere persoon, dan is de adviseur op gelijke wijze aansprakelijk als voor zijn eigen tekortkomingen met inachtneming van het bepaalde in artikel 14 lid 5.

6. Wat een toerekenbare tekortkoming is, is gedefinieerd in art. 1:

een tekortkoming die te wijten is aan schuld, of krachtens wet, rechtshandeling of volgens in het verkeer geldende opvattingen, voor rekening van de schuldenaar komt. Onder in het verkeer geldende opvattingen wordt verstaan: een tekortkoming die een goed en zorgvuldig handelend adviseur of opdrachtgever onder de betreffende omstandigheden en met inachtneming van normale oplettendheid – en waar het de adviseur betreft: met de voor de opdracht vereiste vakkennis en middelen uitgerust – had kunnen en behoren te vermijden;

In de Toelichting op dit artikel wordt opgemerkt, dat aangeknoopt is bij art. 6:74 BW. De woorden ‘behoren te vermijden’ duiden op een geobjectiveerde maatstaf om te beoordelen of er sprake is van een toerekenbare tekortkoming. De aansprakelijkheid van de adviseur gaat daarmee net als onder het gewone BW het geval is verder dan alleen een schuldaansprakelijkheid en voorts kan op onderdelen van de verbintenissen rustend op de adviseur niet gesteld worden, dat zij ‘slechts’ een inspanningskarakter hebben.

7. Loopt aldus de aansprakelijkheid van de adviseur niet uit de pas met de aansprakelijkheid die uit hoofde van het gewone recht op hem zou rusten²⁴⁶, dat ligt anders met de omvang van de aansprakelijkheid²⁴⁷. In art. 14 is die wat betreft o.a. de soorten aansprakelijkheid beperkt (met name beperkt tot directe schade, zie lid 1 en lid 2) en in art. 15 is die in financiële omvang beperkt. Volgens dat artikel kan er sprake zijn van een beperking tot de hoogte van de advieskosten met een maximum van € 1.000.000 of tot 3 maal de advieskosten met een maximum van € 2.500.000. Is er geen keus gemaakt, dan geldt het eerste regime. Voor consumenten bevat het derde lid een aanvulling: is de opdrachtgever een consument dan is de beperking nooit lager dan € 75.000. Een consument-opdrachtgever geconfronteerd met schade veroorzaakt door een toerekenbare tekortkoming van een adviseur weet zich met deze bepaling altijd verzekerd van vergoeding van zijn schade tot in ieder geval een maximum van € 75.000.

Commentaar op deze regeling

²⁴⁶ Zie art. 6:74 BW.

²⁴⁷ Die uit hoofde van art. 6:98 BW in wezen onbeperkt is.

8. De regeling bevat een vergaande beperking van de aansprakelijkheid ten opzichte van het BW. De beperking zit niet in de feitelijke oorzaak van de aansprakelijkheid van de adviseur, want het begrip toerekenbare tekortkoming van de DNR komt overeen met dat van art. 6:74 BW. De beperking zit in de omvang. Naar verluidt wordt dit veroorzaakt door de onmogelijkheid om een verdergaande aansprakelijkheid te verzekeren. De juistheid van deze stelling kan door de rapporteurs niet worden onderzocht in het kader van dit onderzoek. Hetgeen eerder is opgemerkt inzake de functie van aansprakelijkheidsbepalingen en de prikkel die daarvan uitgaat op het optimaal presteren geldt onverkort ook hier.

9. Een ander aspect dat hier genoemd wordt, maar wat in wezen niet te maken heeft met de DNR, maar inherent is aan de organisatie van het bouwproces, is dat de opdrachtgever bewijsrechtelijk in een moeilijk parket kan komen te verkeren. Het komt immers met enige regelmaat voor, dat aangesproken uit hoofde van deze regeling, de adviseur zich verweert met de opmerking, dat zijn ontwerp goed was, maar dat de uitvoerende aannemer fouten beging of dat hij zich verweert met de stelling, dat zijn ontwerp dan wel een fout bevat, maar dat de aannemer daartegen had moeten waarschuwen. Arbiters kunnen soms met deze verweren korte metten maken, omdat zij vanwege hun expertise makkelijk kunnen beoordelen of het eerste verweer hout snijdt. Wat het tweede verweer betreft, ziet men dit door arbiters wel afgedaan met het oordeel, dat de adviseur geen verweer kan ontlenen aan mogelijke fouten van anderen. Wat daarvan zij, de adviseur kan niet het recht ontzegd worden, zich te verweren tegen een vordering uit hoofde van een toerekenbare tekortkoming indien hij meent dat een ander daar eveneens mee te maken heeft. Zoals gezegd, deze complicatie is inherent aan het bouwproces, waarbij vaak met meer partijen door de opdrachtgever wordt gecontracteerd. Deze complicatie vermindert wat betreft de positie van de opdrachtgever indien er sprake is van een geïntegreerde opdracht, maar er zijn goede redenen om daar niet altijd voor te kiezen. En dan houdt men deze complicatie. De 'oplossing' kan dan deels geboden worden doordat geschillen aan terzake kundige arbiters worden voorgelegd, die vanwege hun specifieke kennis de waarde van dergelijke verweren sneller kunnen beoordelen dan de overheidsrechter.

3.4.5.3 UAV 2012 (1989)

1. De relatie waarbij de opdrachtgever aan de uitvoerend aannemer een ontwerp ter hand stelt, wordt beheerst door de UAV 2012 (1989). In het kader van het onderwerp van deze rapportage is van belang wat enerzijds de rol van de opdrachtgever is wat betreft het ontwerp en het toezicht op de werkzaamheden van de aannemer en anderzijds wat de taak van de aannemer is en hoe de aansprakelijkheid betreffende deze taken geregeld is.

2. In par. 5 UAV 2012 (1989) zijn de taken opgenomen rustend op de opdrachtgever. Samengevat komt het er op neer dat de opdrachtgever zorgt voor het ontwerp van hetgeen door de aannemer uitgevoerd moet worden. De verantwoordelijkheid voor het tijdig aanleveren van het ontwerp alsmede voor de inhoudelijke juistheid van het ontwerp is voor de opdrachtgever. Blijkt het ontwerp niet deugdelijk te zijn en loopt de aannemer daardoor vertraging op of moet hij meer werkzaamheden verrichten dan heeft hij recht op betaling c.q. verrekening van of als meer werk. Op het uitgangspunt dat de opdrachtgever verantwoordelijk is voor het ontwerp formuleert par. 6 lid 14 UAV 2012 (1989) een belangrijke aanvulling: bij klaarblijkelijke fouten in het ontwerp dient

de aannemer de opdrachtgever te waarschuwen.²⁴⁸ De waarschuwingsplicht is geformuleerd met het oog op het bestaan van een overeenkomst, maar uit de rechtspraak blijkt dat deze ook precontractueel geldt.²⁴⁹

3. De taken van de aannemer zijn beschreven in par. 6 en in lid 1 wordt het volgende bepaald:

1. De aannemer is verplicht het werk uit te voeren naar de bepalingen van de overeenkomst zonder aanspraak op verrekening, bijbetaling of schadevergoeding te kunnen doen gelden dan in de gevallen, waarin dat bepaaldelijk voorgeschreven of kennelijk bedoeld is.
Hij is verplicht al datgene te verrichten, wat naar de aard van de overeenkomst door de wet, de billijkheid of het gebruik wordt gevorderd of tot een behoorlijke aanwending der bouwstoffen behoort.

De aard van de verbintenissen die op de aannemer rusten, is - afhankelijk van de invloed van de opdrachtgever op de werkzaamheden - te kwalificeren als een inspannings- of resultaatsverbintenis. Voorts is van belang dat de inhoud van de concrete verplichtingen afhankelijk is van de gesloten overeenkomst.

4. Het model van de UAV vooronderstelt dat er directie wordt gevoerd, maar verplicht de opdrachtgever daartoe niet.²⁵⁰ Dit volgt uit het bepaalde in par. 3 lid 1 UAV 2012 (1989), waar gesproken wordt van het gerechtigd zijn van de opdrachtgever om personen aan te wijzen om directie te voeren. Wel is het zo, dat als de opdrachtgever van die bevoegdheid geen gebruik maakt, lid 2 hem verplicht daarvan vóór de uitvoering van het werk schriftelijk melding te doen aan de aannemer die eventueel aanspraak kan maken op bijbetaling als gevolg van het ontbreken van directie. Voorts bepaalt lid 9, dat bij het niet aanwijzen van een directie overal waar in de UAV directie staat, opdrachtgever gelezen moet worden.

5. Het voeren van directie en de wijze waarop dat gebeurt, is ook van belang bij de vraag naar de aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering. Daartoe zijn de leden 1 en 2 van par. 12 van belang, die hier (in de bewoordingen van de 2012 versie²⁵¹) worden weergegeven:

²⁴⁸ De wet kent in art. 7:754 ook een waarschuwingsplicht tegen fouten in de opdracht. Maar van de wet kan niet gezegd worden, dat daaraan ten grondslag ligt, het model waarbij het ontwerp van de opdrachtgever komt. De wet is in dat opzicht neutraal.

²⁴⁹ De wet formuleert de precontractuele waarschuwingsplicht in art. 7:754 expliciet. Zie voor de overwegingen om in de UAV 2012 de formulering bij het oude te houden, Ontstaansgeschiedenis van de UAV 2012, p. 45.

²⁵⁰ Ten onrechte wordt wel eens gemeend dat er wel een verplichting tot het voeren van directie bestaat onder de UAV, zie m.n. de email d.d. 14 maart 2012 namens het Ministerie van Defensie en het Ministerie van Infrastructuur en Milieu gestuurd aan de directeur van het Instituut voor Bouwrecht, gepubliceerd in TBR 2012, p. 789.

²⁵¹ In de 1989 versie luidde par. 12 voor zover van belang als volgt:

12.1. Na de dag, waarop het werk overeenkomstig het bepaalde in § 10, eerste of tweede lid, als opgeleverd wordt beschouwd, is de aannemer niet meer aansprakelijk voor tekortkomingen aan het werk.

12.2. Het in het eerste lid bepaalde lijdt uitzondering:

a. indien het geval, voorzien in artikel 1645 BW, zich voordoet;

b. indien het werk of enig onderdeel daarvan door schuld van de aannemer, zijn leverancier, zijn onderaannemer of zijn personeel een verborgen gebrek bevat en de aannemer van zodanig verborgen gebrek binnen een redelijke termijn na de ontdekking mededeling is gedaan.

12.3. Een gebrek als bedoeld in het tweede lid onder b is slechts dan als een verborgen gebrek aan te merken, indien het, ondanks nauwlettend toezicht tijdens de uitvoering dan wel bij de opname van het werk, bedoeld in § 9, tweede lid, door de directie redelijkerwijs niet onderkend had kunnen worden.

De verwijzing naar art. 1645 Oud BW is in de nieuwe regeling komen te vervallen. Het ging bij deze bepaling om al dan niet dreigende ernstige gebreken. De bepaling was zeer omstreven en gaf aanleiding tot veel verschillend luidende rechtspraak. De regeling kon volgens de opstellers van de 2012 gemist worden, omdat de meeste ernstige gebreken in de praktijk zullen vallen onder het begrip verborgen gebrek (de samengevatte benaming van hetgeen thans in par. 2 lid 2 is geformuleerd). Mocht er sprake zijn van een ernstig gebrek dat niet verborgen is (met als gevolg dat de aannemer van aansprakelijkheid is ontslagen), dan kunnen arbiters of rechters met behulp van redelijkheid en billijkheid wel tot een

1. Na de dag, waarop het werk overeenkomstig het bepaalde in § 10, eerste of tweede lid, als opgeleverd wordt beschouwd, is de aannemer niet meer aansprakelijk voor tekortkomingen aan het werk.
2. Het in het eerste lid bepaalde lijdt uitzondering indien sprake is van een gebrek:
 - (a) dat toe te rekenen is aan de aannemer en
 - (b) dat bovendien ondanks nauwlettend toezicht tijdens de uitvoering dan wel bij de opnemings van het werk als bedoeld in § 9, tweede lid, door de directie redelijkerwijs niet onderkend had kunnen worden en waarvan
 - (c) de aannemer binnen een redelijke termijn na de ontdekking mededeling is gedaan.

6. Het systeem van par. 12 UAV 2012 (1989) laat zich als volgt samenvatten. De hoofdregel is, dat na oplevering de aannemer niet meer aansprakelijk is. Daar wordt in het tweede lid van par. 12 een uitzondering op geformuleerd, die er op neer komt, dat voor gebreken, die de opdrachtgever (dan wel degenen die hem bijstonden: hierna de directie genoemd) ondanks nauwlettend toezicht redelijkerwijs niet had kunnen onderkennen tijdens de uitvoering noch tijdens de oplevering, de aannemer na oplevering wel aansprakelijk is. Kort gezegd: na oplevering is de aannemer niet meer aansprakelijk behoudens verborgen gebreken.

De systematiek van par. 12 leden 1 en 2 UAV 2012 (1989) komt overeen met die van art. 7:758 lid 3 BW en ook het begrip verborgen gebrek komt systematisch met die bepaling overeen. Maar er is één belangrijk feitelijk verschil: onder de UAV wordt de vraag wat een verborgen gebrek is, beantwoord aan de hand van twee ‘momenten’: het moment van oplevering en de periode van de uitvoering voorafgaande aan de oplevering. De kans dat een gebrek als niet-verborgen wordt aangemerkt (en tot gevolg heeft dat de aannemer niet aansprakelijk is), is daarmee onder de UAV 2012 (1989) aanzienlijk groter dan onder de wet. Wel is het zo, dat alles afhangt van de vraag of er toezicht is gehouden en zoja hoe dat toezicht plaats vond. Zoals eerder aangegeven, is de opdrachtgever niet verplicht tot het houden van toezicht. Hij kan er dus voor kiezen dat niet te doen en als hij daarvoor kiest, ligt het in de rede te verwachten dat veel gebreken voor hem verborgen blijven. Heeft hij wel gekozen voor het houden van toezicht dan maakt het vervolgens uit, volgens vaste rechtspraak van de RvA, hoe dat toezicht plaats vond. Naarmate de toezichthouder ondeskundiger/onervarener is dan wel het toezicht minder intensief of slechts incidenteel plaats vond, geldt het zelfde: alsdan zullen gebreken sneller verborgen blijven en zal de aannemer sneller aansprakelijk zijn voor deze gebreken. Het is dus niet zo, dat de opdrachtgever verplicht is tot het houden van toezicht of tot het houden van nauwlettend toezicht, maar *als* hij toezicht hield, worden bij de vraag wat redelijkerwijs onderkend had kunnen worden, de hiervoor genoemde factoren van deskundigheid en mate van toezicht tijdens de uitvoering en tijdens de oplevering meegenomen. Dit volgt letterlijk uit de tekst van par. 12 UAV 2012 (1989). De maatstaf die wordt aangelegd bij de vraag of er een verborgen gebrek is, is voorts uitdrukkelijk een normatieve: het gaat er niet alleen om wat *deze* directievoerder met zijn deskundigheid en de intensiteit van zijn toezicht heeft gezien, maar wat hij met inachtneming van deze factoren redelijkerwijs had kunnen onderkennen. Het verweer: ‘ik heb de tekortkoming niet gezien’, is juridisch gezien deze maatstaf irrelevant.

7. Het begrip verborgen gebrek van par. 12 lid 2 UAV 2012 (1989) komt (systematisch) overeen met dat van art. 7:758 lid 3 BW. Het commentaar op die bepaling (opgenomen in nummer 11 e.v. van paragraaf 3.4.4) is dan ook onverkort van toepassing op de regeling van par. 12 UAV 2012 (1989). Sterker: nu het onder vigeur van de UAV ook kan gaan om toezicht tijdens de uitvoeringsfase, doen zich de bezwaren feitelijk nog meer gelden.²⁵² Wil men de positie van de opdrachtgever verbeteren, dan komt dus ook de vraag in beeld hoe om te gaan met de rol van de directie tijdens de uitvoering.

Twee opmerkingen worden in dit verband gemaakt. Om te beginnen is het denkbaar dat de directie in die periode een actieve rol vervult bij het ontstaan van een tekortkoming begaan door de aannemer, doordat aan deze aanwijzingen worden gegeven. De directie treedt alsdan in de causale keten leidend tot de schade. Zoals eerder opgemerkt, is er bij het toezicht ten tijde van de oplevering echter geen sprake van een causaal verband tussen optreden van de toezichthouder (directie) en de tekortkoming, omdat het werk dan immers klaar is. Er wordt dan alleen nog maar gekeurd door of namens de opdrachtgever. Met dit verschil in feiten moet dan ook rekening gehouden worden bij een wijziging van het aansprakelijkheidssysteem. Het is niet redelijk indien er een tekortkoming is ontstaan mede door toedoen van de toezichthouder, de aannemer daaraan geen verweer zou kunnen ontlelen. Een regeling van de gevolgen van toezicht anders dan die thans luidt, mag op dit punt niet tot een verslechtering van de positie van de aannemer leiden.

De tweede opmerking is, dat overwogen kan worden om de regeling van de UAV-GC 2005 op het punt van het toezicht tijdens de uitvoering van het werk over te nemen. Deze regeling luidt als volgt:

Par. 20 lid 4: De Opdrachtgever is niet verplicht gebruik te maken van zijn toetsingsbevoegdheid uit hoofde van deze paragraaf. Het is aan hem te bepalen of en hoe hij die toetsingsbevoegdheid gedurende de Ontwerpwerkzaamheden uitoefent. Niettemin rust op de Opdrachtgever de verplichting de Opdrachtnemer schriftelijk en binnen bekwame tijd te informeren, indien hij een tekortkoming van de Opdrachtnemer daadwerkelijk heeft opgemerkt.²⁵³

Invoering van deze bepaling in de UAV 2012 betekent, dat het systeem van vrijheid om wel of geen directie te voeren, zoals vastgelegd in par. 3 lid 1, gehandhaafd blijft. Voorts blijft gehandhaafd, dat het voeren van directie met betrekking tot het verbinden van consequenties aan het tekortkomen door de aannemer geen vrijblijvende zaak van de opdrachtgever is. Maar wat wel zou veranderen is, dat de wijze waarop de aannemer een verweer aan het falend directietoezicht kan ontlelen aanzienlijk beperkt is. Het criterium in dit mogelijke stelsel zou niet langer zijn: wat had de opdrachtgever (of namens hem: de directie) kunnen onderkennen, maar het criterium zou worden: wat heeft de opdrachtgever (of namens hem: de directie) daadwerkelijk opgemerkt.

8. De samenvatting van de kanttekeningen in nummer 13 van paragraaf 3.4.4 dienen als hier ingelast te worden beschouwd. Voorts kan worden overwogen de positie van de opdrachtgever te verbeteren door betreffende de consequenties van het directietoezicht

²⁵² Er wordt afgezien van een bespreking van de overtollige rechtspraak die bij de Raad van Arbitrage is ontstaan onder deze bepaling. Scheidsgerechten hebben verschillende methoden in de loop der tijd ontwikkeld om aan ongewenste gevolgen van par. 12 te ontkomen, zie de noot van schrijver dezes onder RvA 2 juni 2006, nr. 27.456, BR 2006, p. 50. Dat maakt dat de soep weliswaar niet altijd zo heet gegeten wordt als opgediend, maar daar staat tegenover dat dat weer aanleiding kan zijn tot rechtsonzekerheid en kan stimuleren om te gaan procederen. Dat laatste is in zijn algemeenheid niet wenselijk en zou geen gevolg moeten zijn van een regel.

²⁵³ Dezelfde bepaling komt ook voor in par. 21 lid 10 en par. 22 lid 3 UAV-GC 2005.

tijdens de uitvoering een voorbeeld te ontleen aan het bepaalde in de genoemde UAV-GC 2005 bepalingen.

3.4.5.4 De UAV-GC 2005

1. De UAV-GC 2005 regelen de verhouding tussen een opdrachtgever en een opdrachtnemer, die in beginsel de enige wederpartij van de opdrachtgever is en die zowel het ontwerp als de uitvoering verzorgt.

2. Het systeem van de UAV-GC 2005 ziet er voor zover van belang in grote lijnen als volgt uit. De opdrachtnemer neemt op zich een ontwerp te maken, waarvan de omvang kan verschillen. In de Model Basisovereenkomst wordt in artikel 5 aangegeven dat gekozen moet worden uit een van drie mogelijkheden: de opdrachtnemer werkt het Programma van Eisen uit, of hij werkt het Voorlopig Ontwerp uit of hij werkt het Definitief Ontwerp uit. Ook neemt de opdrachtnemer op zich het ontwerp uit te voeren en eventueel het meerjarig onderhoud.

3. De maatstaf aan de hand waaraan beoordeeld wordt of de opdrachtnemer zijn werk goed verrichtte, is vastgelegd in par. 4 lid 1 en lid 3.

Deze bepalingen luiden als volgt:

4.1 De Opdrachtnemer is verplicht de Ontwerp- en Uitvoeringswerkzaamheden zodanig te verrichten dat het Werk op de in de Basisovereenkomst vastgelegde datum van oplevering voldoet aan de uit de Overeenkomst voortvloeiende eisen. Voldoet het Werk niet aan die eisen, dan is er sprake van een gebrek.

4.3 De in de leden 1 en 2 bedoelde eisen omvatten eisen die voortvloeien uit het normale gebruik waarvoor het Werk bestemd is, alsmede eisen die voortvloeien uit het bijzonder gebruik dat van het Werk zal worden gemaakt, doch uitsluitend voorzover de eisen die het bijzonder gebruik stelt in de Vraagspecificatie zijn vastgelegd.

4. Omdat de opdrachtnemer ontwerp en uitvoering voor zijn rekening neemt, en daarmee optimaal zelf in de hand heeft hoe het bouwwerk tot stand komt²⁵⁴, staat de opdrachtnemer in voor het resultaat.²⁵⁵

5. Anders dan het UAV 2012 (1989) model vooronderstelt het UAV-GC 2005 model dat er tijdens de opdrachtgever geen toezicht wordt gehouden. In plaats daarvan bevat de UAV-GC 2005 een uitgebreide regeling van kwaliteitsborging (Hoofdstuk 9). In beginsel dient de opdrachtgever zich afzijdig te houden van de werkzaamheden van de opdrachtnemer, maar dat gaat niet zover dat hij geen enkel toezicht zou kunnen houden. In het genoemde hoofdstuk over de kwaliteitsborging wordt het mogelijk gemaakt, dat de opdrachtgever van bepaalde onderwerpen op voorhand aangeeft, dat hij deze wil toetsen dan wel onderwerpen aan een acceptatieprocedure. In het geval van toetsen, is de opdrachtgever niet verplicht de opdrachtnemer te laten weten wat hij vond van de ontwerp- en/of uitvoeringswerkzaamheden die hij toetste. Als er sprake is van onderdelen van de ontwerp- en/of uitvoeringswerkzaamheden, die aan een acceptatieprocedure onderworpen zijn²⁵⁶ is de opdrachtgever wel verplicht van zich te

²⁵⁴ In beginsel althans, want naarmate de opdrachtgever meer bemoeienis heeft met het ontwerp uit hoofde van de gemaakte keus in de MBo verschuift ook het karakter/de omvang van de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer.

²⁵⁵ Zie Tekst en Commentaar aant. 2 op par. 4 UAV-GC 2005.

²⁵⁶ Dit moet van tevoren zijn afgesproken.

laten horen. Bij de uitvoeringswerkzaamheden kan de opdrachtgever nog stop- en bijwoonpunten bepalen. In die gevallen is het hem toegestaan de werkzaamheden fysiek bij te wonen, terwijl bij de andere vormen van toetsing er slechts sprake is van het verkrijgen van inzicht in het proces van kwaliteitsborging.

6. Wat is het rechtsgevolg van het gebruik maken van de toetsings/acceptatiebevoegdheden door de opdrachtgever?²⁵⁷ Voor het antwoord op die vraag zijn relevant de bepalingen in Hoofdstuk 9 over de kwaliteitsborging en de regeling van de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer na oplevering (par. 28).

7. In Hoofdstuk 9 wordt op drie plaatsen het juridische gevolg geregeld van het feit dat er getoetst/geaccepteerd kan worden en wordt. Het gaat om de volgende bepalingen, die vanwege hun belang alle drie worden weergegeven:

Par. 20 lid 4:

De Opdrachtgever is niet verplicht gebruik te maken van zijn toetsingsbevoegdheid uit hoofde van deze paragraaf. Het is aan hem te bepalen of en hoe hij die toetsingsbevoegdheid gedurende de Ontwerpwerkzaamheden uitoefent. Niettemin rust op de Opdrachtgever de verplichting de Opdrachtnemer schriftelijk en binnen bekwame tijd te informeren, indien hij een tekortkoming van de Opdrachtnemer daadwerkelijk heeft opgemerkt.

Par. 21 lid 10:

De Opdrachtgever is niet verplicht gebruik te maken van zijn toetsingsbevoegdheid uit hoofde van deze paragraaf. Het is aan hem te bepalen of en hoe hij die toetsingsbevoegdheid gedurende de Uitvoerings- en Onderhoudswerkzaamheden uitoefent. Niettemin rust op de Opdrachtgever de verplichting de Opdrachtnemer schriftelijk en binnen bekwame tijd te informeren, indien hij een tekortkoming van de Opdrachtnemer daadwerkelijk heeft opgemerkt.

Par. 22 lid 3:

Behoudens het in lid 2 bepaalde en het bepaalde in § 23 en § 28, is het aan de Opdrachtgever om te bepalen of hij de in lid 1 bedoelde Documenten, zelfstandige hulppersonen, Werkzaamheden, resultaten van Werkzaamheden of Wijzigingen in de zin van § 15 lid 3 accepteert. Het is voorts aan hem om te bepalen of en hoe hij voorafgaand aan een Acceptatie zijn toetsingsbevoegdheid uitoefent. Niettemin rust op de Opdrachtgever de verplichting de Opdrachtnemer schriftelijk en binnen bekwame tijd te informeren, indien hij een tekortkoming van de Opdrachtnemer daadwerkelijk heeft opgemerkt.

8. Waar het om gaat in deze bepalingen is dat a) er op de opdrachtgever geen verplichting rust om van zijn bevoegdheid te toetsen/te accepteren gebruik te maken, maar b) indien hij van die bevoegdheid gebruik maakt, rust op hem wel de verplichting indien hij daadwerkelijk een tekortkoming van de opdrachtnemer opmerkt, dit te melden aan de opdrachtnemer.

9. In vergelijking tot wat de UAV 2012 (1989) bepaalt inzake het verborgen gebrek (ondanks nauwlettend toezicht redelijkerwijs niet had kunnen onderkennen) verdient het opmerking, dat zowel onder de UAV als onder de UAV-GC geen sprake is van een verplichting om van de mogelijkheid van toezicht gebruik te maken, maar dat daadwerkelijk gebruik maken van de bevoegdheid een verplichting met zich brengt.

10. Er zit wel een groot verschil tussen beide regelingen. In de zojuist weergegeven bepalingen wordt gesproken van de verplichting de opdrachtgever te informeren indien een tekortkoming *daadwerkelijk* is opgemerkt. Daadwerkelijk opmerken is een ander

²⁵⁷ Vergelijk de bevoegdheid van de UAV 2012 (1989) opdrachtgever die van directietoezicht gebruik maakt.

criterium dan het criterium dat in de UAV 2012 (1989) wordt gebruikt: *ondanks nauwlettend toezicht redelijkerwijs onderkend had kunnen worden*. De UAV 2012 (1989) opdrachtgever die kan bewijzen dat hij een gebrek niet zag, heeft daarmee nog niet rond dat er dus een verborgen gebrek was en de aannemer aansprakelijk. Immers: het gaat er niet om wat de opdrachtgever zag of niet zag, het gaat er om wat hij ondanks nauwlettend toezicht redelijkerwijs had kunnen onderkennen. Voor de genoemde UAV-GC 2005 bepalingen is het evenwel voldoende indien de opdrachtgever aantoont, dat hij een gebrek niet heeft gezien. De opdrachtnemer die die stelling wil ontcrachten, heeft bewijsrechtelijk een zware taak. Het is makkelijker om van een gebrek te stellen dat gegeven bepaalde aanwezige deskundigheid iemand iets had behoren te zien, dan om te *bewijzen* dat iemand iets niet heeft gezien.

11. Overigens bevat de UAV-GC 2005 geen regeling van de situatie dat de opdrachtnemer er in slaagt te bewijzen dat een gebrek door de opdrachtgever wel daadwerkelijk is gezien. Wat alsdan rechtens is, is aan de rechtspraak overgelaten.

12. Hoe zit het met de aansprakelijkheid na oplevering? Daartoe dient par. 28 lid 1 geraadpleegd te worden. Deze bepaling luidt als volgt:

Na de feitelijke datum van oplevering is de Opdrachtnemer niet meer aansprakelijk voor gebreken in het Werk of in enig onderdeel daarvan, tenzij:

(a) die gebreken te wijten zijn aan zijn schuld, of krachtens wet, rechtshandeling of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komen, en bovendien

(b) de Opdrachtgever voorafgaande aan de oplevering die gebreken niet heeft opgemerkt, en bovendien

(c) de Opdrachtgever die gebreken op het tijdstip van de feitelijke datum van oplevering redelijkerwijs niet had moeten ontdekken.

13. Het systeem van par. 28 lid 1 UAV-GC 2005 is hetzelfde als dat van de wet en de UAV 2012 (1989): de hoofdregel is dat de opdrachtnemer na oplevering niet meer aansprakelijk is. Op deze hoofdregel bestaat een uitzondering, die uit drie aspecten bestaat en waarvan de laatste twee samengevat zouden kunnen worden met het begrip verborgen gebrek. Maar de formulering van wat een verborgen gebrek is, verschilt van zowel wat daaronder begrepen moet worden in het wettelijk stelsel enerzijds en het stelsel van de UAV 2012 (1989) anderzijds.

14. Er is sprake van een verborgen gebrek onder de UAV-GC 2005 indien het gebrek door de opdrachtgever voorafgaande aan de oplevering daadwerkelijk niet is opgemerkt (zie hetgeen hierboven n.a.v. de kwaliteitsborging is opgemerkt) en²⁵⁸ ook niet ten tijde van de oplevering redelijkerwijs ontdekt had moeten worden. De vraag naar het verborgen gebrek is dus onderworpen aan twee criteria: a) een feitelijk criterium dat speelt voorafgaande aan de oplevering (zie nogmaals hiervoor) en b) een criterium dat normatief van aard is en overeenkomt met het criterium van art. 7:758 lid 3 BW en het bepaalde in par. 12 lid 2 UAV 2012 (1989) en welk criterium alleen gehanteerd mag worden om te beoordelen of ten tijde van de oplevering een gebrek opgemerkt had kunnen worden. De factoren van aan de dag gelegde deskundigheid en de intensiteit van het toezicht tijdens de oplevering zijn nu relevant, waar zij voorafgaande aan de oplevering irrelevant waren.

15. De samenvatting van de kanttekeningen in nummer 13 van paragraaf 3.4.4 dienen als hier ingelast te worden beschouwd.

²⁵⁸ De eisen gelden cumulatief.

3.4.5.5 De koop-/aannemingsovereenkomst met garantie- en waarborgregeling

Systeem van de koop-/aannemingsovereenkomst en garantie- en waarborgregeling

1. De nieuwbouw van consumentenwoningen²⁵⁹ wordt hier te lande grotendeels beheerst door overeenkomsten conform het model van de Algemene voorwaarden van Bouwend Nederland, NEPROM en NVB voor koop-/aannemingsovereenkomsten voor eengezinshuizen (versie 1-1-2010)²⁶⁰, waarbij ook een Standaardmodel van Bouwend Nederland, NEPROM en NVB voor koop-/aannemingsovereenkomsten voor eengezinshuizen (versie 1-1-2010) hoort. Bij deze koop-/aannemingsovereenkomst hoort volgens art. 19 van de genoemde algemene voorwaarden een garantie- en waarborgregeling. In deze paragraaf wordt eerst ingegaan op de verhouding van de koop-/aannemingsovereenkomst met de garantie- en waarborgregeling en daarna wordt ingegaan op de voor dit onderzoek relevante bepalingen.²⁶¹
2. De regeling van de koop-/aannemingsovereenkomst is ondergebracht bij een van de zelfreguleringscommissies van de SER. Deze aldus tot stand gekomen algemene voorwaarden liggen ten grondslag aan de algemene voorwaarden die op hun beurt weer als voorbeeld worden gepropageerd door de organisaties van de ondernemers die zich in deze markt bewegen. Het gaat hier om twee organisaties op dit moment: SWK en Woningborg. Deze algemene voorwaarden kennen verschillende aanpassingen, ingegeven door bijvoorbeeld de vraag of er sprake is van eigen grond etc. Deze voorbeelden worden vervolgens daadwerkelijk gebruikt door de ondernemer die een koop-/aannemingsovereenkomst met een koper van een nieuwbouwwoning sluit.
3. In deze algemene voorwaarden wordt er vanuit gegaan dat naast de koop-/aannemingsovereenkomst met de koper van een nieuwbouwwoning nog een overeenkomst wordt gesloten zijnde de overeenkomst betreffende de garantie- en waarborgregeling. Van deze regeling bestaat niet een soort algemeen model zoals wel van de koop-/aannemingsovereenkomst. Wel is er een keurmerk organisatie de Stichting GarantieWoning, die criteria heeft geformuleerd waaraan aanbieders van garantie- en waarborgregelingen dienen te voldoen. Deze criteria betreffen naast de garantie- en waarborgregeling de koop-/aannemingsovereenkomsten alsmede de geschillenregelingen. Voorts is er een Reglement Keurmerk Stichting GarantieWoning, waarin het keurmerk zelf geregeld is.²⁶²
4. Wat is de toegevoegde waarde van de garantie- en waarborgregeling ten opzichte van de koop-/aannemingsovereenkomst? In grote lijnen komt dat hier op neer. De garantie- en waarborgregeling bevat twee waarborgen: een gebrekenwaarborg en een insolventiewaarborg. De laatste is voor dit onderzoek niet van belang.
5. De gebrekenwaarborg houdt het volgende in: de ondernemer garandeert (lees: dit is een resultaatsverbintenis) dat de woning voldoet aan het minimum van de eisen van het Bouwbesluit voor een periode van 6 jaar maximaal.²⁶³ Omdat de ondernemer dit garandeert voor die periode is de koper zeker van het feit dat de woning aan deze eisen zal voldoen. Mocht de woning niet deze eisen voldoen, dan kan hij een vonnis uitlokken

²⁵⁹ Eengezinshuizen of appartementen.

²⁶⁰ Van deze set van algemene voorwaarden bestaat ook een variant voor appartementen. Die komt inhoudelijk voor zover in casu van belang overeen en wordt daarom verder buiten beschouwing gelaten.

²⁶¹ Voor een uitgebreide bespreking van de situatie na het ter ziele gaan van het GIW in 2010, zie De gegarandeerde positie van de koper van een nieuwbouwwoning, TBR 2011 nr. 2, p. 112 e.v. van de hand van schrijver dezes.

²⁶² Zie voor meer informatie: www.stichtinggarantiewoning.nl.

²⁶³ Er zijn onderdelen die een kortere garantietermijn kennen, bijv. schilderwerk wordt voor maar een jaar gegarandeerd.

en komt het tot een veroordeling dan zal de ondernemer daar gehoor aan moeten geven. Doet de ondernemer dat niet, dan wordt het vonnis uitgevoerd door de waarborgende instantie. Aldus is de koper zeker van het voldoen van zijn woning aan de eisen van het Bouwbesluit. Het feit dat er sprake is van een garantie, betekent dat de ondernemer instaat voor dit resultaat en dat het voldoende is dat de koper stelt en bewijst dat niet voldaan wordt aan de eisen.²⁶⁴

6. De koop-/aannemingsovereenkomst geeft de koper ook aanspraken op de ondernemer. Om te beginnen is de reikwijdte van de koop-/aannemingsovereenkomst veel breder: hij betreft alle rechten en verplichtingen tussen partijen, dus niet alleen op de verplichtingen op het minimum van het Bouwbesluit. Het nakomen van zijn verplichtingen uit hoofde van de koop-/aannemingsovereenkomst wordt door de ondernemer niet gegarandeerd. De hoofdregel is voorts, dat hij na oplevering niet aansprakelijk is met als uitzondering (samengevat) dat hij wel aansprakelijk is voor verborgen gebreken. Het bestaan van die gebreken moet door de koper worden bewezen en voorts mag de ondernemer zich verweren met een beroep op het niet toerekenbaar zijn van het gebrek. Dat verweer heeft echter niet veel om het lijf, gelijk in het gewone recht, zie de algemene uiteenzetting hierboven.

7. Het verschil en de toegevoegde waarde van het feit dat er twee regelingen zijn, laten zich het best illustreren aan de hand van een voorbeeld.

Een koper heeft voor zijn nieuwbouwwoning een deur besteld, die van tropisch hardhout moet zijn. Na oplevering blijkt dat er twee dingen mis zijn met de deur: de deur is niet van tropisch hardhout maar van grenenhout en hij trekt krom in een mate die maakt dat niet aan de eisen van het Bouwbesluit is voldaan.

De koper kan de ondernemer nu voor beide gebreken aanspreken uit hoofde van de koop-/aannemingsovereenkomst, want hier is sprake van een tekortkoming ten aanzien van de koop-/aannemingsovereenkomst waar alle verplichtingen van de verkoper onder vallen. De koper moet de tekortkoming bewijzen en hij moet bewijzen dat de tekortkoming de opdrachtnemer toe te rekenen is en nu hij na oplevering klaagt, moet hij bewijzen dat het een verborgen gebrek was ten tijde van de oplevering.

De koper kan zich ook beroepen op de garantie- en waarborgregeling, maar alleen voor zover de tekortkoming betrekking heeft op een aspect dat geregeld is in het Bouwbesluit. Het Bouwbesluit heeft geen regels omtrent de keuze van de specifieke houtsoort, dus voor dat aspect kan de koper zich niet beroepen op de garantie- en waarborgregeling. Maar dat kan wel voor het kromtrekken, want daar bevat het Bouwbesluit wel een regeling voor. De ondernemer heeft voor deze tekortkoming gegarandeerd dat de woning zou voldoen aan het Bouwbesluit en ongeacht de vraag of dit gebrek zichtbaar was of niet ten tijde van de oplevering en ongeacht of deze tekortkoming hem toe te rekenen is, hij zal 6 jaar er voor zorgen dat deze tekortkoming zich niet voordoet.

Aansprakelijkheid van de ondernemer uit hoofde van de koop-/aannemingsovereenkomst

8. De aansprakelijkheid van de ondernemer is als volgt geregeld. In art. 18 lid 1 van de algemene voorwaarden behorende bij de koop-/aannemingsovereenkomst is bepaald,

²⁶⁴ De arbitrageregeling komt hem daar verder in tegemoet, omdat de reglementen voorzien in een technische inspecteur die het scheidsrecht uitgebreid informeert inzake het gestelde probleem. Daardoor levert deze bewijslast voor consumenten in arbitrages omtrent woningen zelden een probleem op. Voorts is het zo, vooruitlopend op dit onderdeel van het rapport, dat de inspecteur ook kijkt of er sprake is van een schending van de koop-/aannemingsovereenkomst. Men spreekt hier van de zogenaamde dubbele toetsing.

dat de ondernemer de woning garandeert voor een periode van zes maanden na de datum van oplevering tegen daarin aan de dag getreden tekortkomingen. In lid 2 wordt vervolgens bepaald, dat daarna de ondernemer niet meer aansprakelijk is behoudens de volgende uitzonderingen: er is sprake van een niet door de ondernemer aan de verkrijger schriftelijk kenbaar gemaakte afwijking van de technische omschrijving en/of tekeningen en/of eventuele staten van wijziging waardoor de verkrijger schade lijdt; de woning of enig onderdeel daarvan heeft een ernstig gebrek heeft; de woning of enig onderdeel daarvan heeft een verborgen gebrek. Wat een ernstig gebrek is, wordt uitgelegd in lid 3: er is sprake van een ernstig gebrek indien het de hechtheid van de constructie of een wezenlijk onderdeel daarvan aantast of in gevaar brengt, hetzij de woning ongeschikt maakt voor zijn bestemming. En hetzelfde lid bepaalt inzake het verborgen gebrek: een gebrek is slechts dan als verborgen gebrek aan te merken, indien het door de verkrijger redelijkerwijs niet eerder dan het tijdstip van de ontdekking onderkend had kunnen worden.

9. Het systeem van de aansprakelijkheid in de koop-/aannemingsovereenkomst is hetzelfde als dat onder de al eerder beschreven stelsels. Ook de omschrijving van wat een verborgen gebrek is, komt systematisch met die stelsels overeen. Het feit dat alleen het moment van oplevering relevant is, is conform het bepaalde in art. 7:758 lid 3 BW.

10. De uitzondering inzake het ernstige gebrek komt in de andere besproken regelgeving niet voor. Het is een herinnering aan het oude artikel 1645 BW, welke bepaling in de UAV 1989 nog voorkwam maar in 2012 is geschrapt, omdat de wet sinds 2003 deze bepaling niet meer kent. Over dit aspect is eerder al geschreven.

11. De aansprakelijkheid van de ondernemer onder het stelsel van de koop-/aannemingsovereenkomst in combinatie met de garantie- en waarborgregeling is aanzienlijk uitgebreider dan die uit hoofde van de wet, de UAV 2012 (1989) en de UAV-GC 2005.²⁶⁵ Zoals eerder uiteen gezet, is de koop-/aannemingsovereenkomst immers aangevuld met een garantie- en waarborgregeling. Wat houdt deze regeling in grote lijnen in?

Aansprakelijkheid van de ondernemer uit hoofde van de garantie- en waarborgregeling

12. Wat garandeert de ondernemer betreffende gebreken aan een nieuwbouwwoning? Bij de Woningborg regeling treft men dat in art. 9 en 10 aan. In art. 9 lid 1 garandeert de ondernemer dat de woning zal voldoen aan de garantienormen. Wat zijn dan die normen? Dat staat in lid 2: er zal voldaan worden aan de toepasselijke eisen voor nieuwbouw conform het Bouwbesluit. En in lid 3 wordt daar nog aan toegevoegd, dat, onder redelijkerwijs te voorziene omstandigheden, aan de eisen van goed en deugdelijk werk wordt voldaan. Eén en ander voor zover er in de regeling geen beperkingen zijn opgenomen. In art. 10 zijn verschillende de garantietermijnen opgenomen. De 'gewone' termijn is zes jaar; voor ernstige gebreken geldt een termijn van 10 jaar en voor verschillende onderdelen van de woning gelden kortere termijnen. Bijvoorbeeld voor dakbedekkingen en goten geldt een termijn van drie jaar en voor het kromtrekken van beweegbare delen in binnen- en buitenkozijnen voor zover er van meer dan tien mm verschil ten opzichte van de loodlijn sprake is één jaar.

SWK heeft hetzelfde geregeld inzake de aansprakelijkheid en de norm in art. 6 en de garantietermijnen zijn opgenomen in het Garantiesupplement.

²⁶⁵ En daarmee aanzienlijk uitgebreider dan de vergelijkbare positie van de opdrachtgever die een UAV 2012 (1989) of UAV-GC 2005 contract aanging.

13. Dank zij de aanvulling op de koop-/aannemingsovereenkomst door de garantie- en waarborgregeling kan geconstateerd worden dat de koper van een nieuwbouwwoning een degelijke bescherming geniet in geval van gebreken aan zijn woning. Daar is aan toe te voegen dat de arbitrage²⁶⁶ laagdrempelig is, zij het wel duurder dan in de tijd van het GIW, omdat het griffierecht verhoogd is naar meer dan € 300. Wordt de koper evenwel in enigerlei punt in het gelijk gesteld dan krijgt hij dat geheel of gedeeltelijk terug.

14. De organisatie van de garantie- en waarborgregeling is zo, dat de ondernemer zich verbindt om de woning te bouwen volgens de genoemde regels en volgens de genoemde normen en te garanderen zoals hiervoor weergegeven. Ter meerdere zekerheid van die garantie is de ondernemer via zijn organisatie (SWK of Woningborg²⁶⁷) aangesloten op een 'verzekeringsstelsel', waarmee zijn verplichtingen door een derde zijn gegarandeerd. Laat de ondernemer het afweten, dan treedt de achtervang in werking. De vraag hoe Woningborg en SWK deze garantie kunnen dragen en hoe zij de aangesloten leden controleren, is onderwerp van bespreking geweest in par. 2.3.2.

3.4.5.6 De verborgen gebreken regeling van Prorail

1. Prorail contracteert met opdrachtnemers op basis van de door Prorail op onderdelen aangepaste UAV-GC 2005. Een van deze aanpassingen is voor het onderhavige rapport van groot belang. Het gaat hier om de aanpassing ter zake de aansprakelijkheid na oplevering zoals verwoord in par. 28.²⁶⁸ De aanpassing luidt als volgt:

§ 28 Aansprakelijkheid voor gebreken na de feitelijke datum van oplevering

01 In aanvulling op het bepaalde in § 28 lid 1 geldt het volgende:

Het bepaalde in § 28 lid 1 sub a, b en c is niet van toepassing voor zover het constructies of installaties betreft die onder een VGV daadwerkelijk gedekt zijn.

2. De hoofdregel in de aangepaste UAV-GC 2005 is dat de opdrachtnemer na oplevering niet aansprakelijk meer aansprakelijk is voor zover het gaat om constructies of installaties die onder een verborgen gebreken verzekering (VGV) vallen.

²⁶⁶ Of er voor arbitrage gekozen wordt, is aan de koper-consument. Kiest hij voor de gewone rechter, dan heeft dat consequenties voor de rechtsgang, maar ook voor de omvang van de bescherming, want de waarborg kan niet afgedwongen worden bij de overheidsrechter. Zie art. 18 lid 7 van de Woningborgregeling en art. 12 van de SWK regeling. Wie onder deze regeling kiest voor de gang naar de rechter verliest daarmee zijn aanspraken op de waarborgregeling. Dit is in overeenstemming met de criteria voor het gebruik van het Keurmerk GarantieWoning, zie immers deel C onder 6: De herstelwaarborg kan worden ingeroepen indien de ondernemer in gebreke blijft om het arbitrale vonnis uit te voeren, voor zover het in gebreke blijven van de ondernemer betrekking heeft op die onderdelen uit het vonnis, waarbij geconstateerd is dat de ondernemer zijn verplichtingen volgend uit een of meer garantienormen niet is nagekomen. De gedachte om tot deze voor de koper niet vriendelijke regeling te komen, zou in het volgende kunnen liggen. Het zou te maken kunnen hebben met de wens nu de arbitragereglementen voorschrijven dat er bij een vordering van een consument altijd een dubbele toets dient plaats te vinden (betreffende de waarborgregeling en betreffende de koop-/aannemingsovereenkomst zodat de koper daar geen keus meer in hoeft te maken en procedurele complicaties worden vermeden) deze dubbele toets door arbiters uitgevoerd moet worden. Zij zouden wellicht beter in staat zijn om aan te geven wat wel en wat niet onder de waarborgregeling valt. Een bijkomend argument zou kunnen zijn, dat bij de overheidsrechter de weg naar cassatie nog helemaal open staat. En voorts is er wellicht nog gedacht, dat ook al wordt voor arbitrage gekozen in verband met het mogelijke waarborgverlies, de weg naar de rechter is toch nooit helemaal afgesloten, want een arbitraal vonnis is onder omstandigheden vernietigbaar. Het is overigens de vraag of de regeling in het zicht van het bepaalde in art. 6:237 sub h houdbaar is. Die bepaling luidt als volgt: 'dat als sanctie op bepaalde gedragingen van de wederpartij, nalaten daaronder begrepen, verval stelt van haar toekomstige rechten of van de bevoegdheid bepaalde verweren te voeren, behoudens voor zover deze gedragingen het verval van die rechten of verweren rechtvaardigen'. Het is niet met zekerheid te stellen of consumenten in overwegende mate voor arbitrage zijn blijven kiezen sinds de keuzemogelijkheid in het leven geroepen is. Sinds het intreden van de economische crisis bestaat de indruk dat er minder geprocedeerd wordt, waardoor het beeld eveneens niet is vast te stellen.

²⁶⁷ Op dit moment zijn bij de Stichting Keurmerk drie organisaties aangesloten. De meerderheid van de woningen in Nederland valt echter onder Woningborg en SWK.

²⁶⁸ Beschreven in par. 3.4.5.4.

3. Door dit systeem is de relatie tussen Prorail en de opdrachtnemer bevrijd van de discussie wat een verborgen gebrek is en is Prorail zich verzekerd van herstel indien er een verborgen gebrek is. Hoe durft Prorail dat aan en wat behelst de VGV?

4. Het systeem dat Prorail in het leven heeft geroepen komt neer op het volgende.²⁶⁹ In de overeenkomst wordt de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer vergaand beperkt, zie daartoe het hiervoor weergegeven citaat. Ten behoeve van het door de opdrachtnemer gerealiseerde bouwwerk wordt een verborgen gebreken verzekering afgesloten. De brochure 'Bouwkwaliteit Verzekerd' meldt over deze verzekering het volgende:

'Deze biedt de opdrachtgever na oplevering 10 jaar dekking bij dekking bij:

- materiële schade of vernietiging van het bouwwerk door constructieve oorzaken
- onmiddellijk instortingsgevaar van het werk.

Als deze situaties zich voordoen en ten tijde van de oplevering niet bekend waren, betalen verzekeraars de advies, opruimings, reparatie en verbeterkosten. Het maakt voor de VGV niet uit of dit komt door een materiaal, ontwerp of uitvoeringsfout.

Bij de meeste VGV's is de dekking nu nog beperkt tot constructieve gebreken. Maar het is de bedoeling om steeds meer gebreken verzekeraar te maken.

Uitsluitingen

Bij een VGV zijn (naast gebruikelijke uitsluitingen zoals rampen) de belangrijkste uitsluitingen:

- gebreken die voor oplevering aan het licht treden
- gebreken aan niet-constructieve delen van het bouwwerk
- financiële gevolgschade zoals stagnatie, omleidingskosten, bedrijfsschade en dergelijke.'

Deze vergaande verzekering is alleen mogelijk indien de verzekeraar zicht heeft op de ontwerp- en bouwactiviteiten en hem een controle mechanisme ten dienste staat. De verzekeraar wil immers de mogelijkheid dat het tot een uitkering moet komen zoveel mogelijk beperken. En daartoe dient het fenomeen Technical Inspection Services. Daarover zegt de genoemde brochure het volgende:

'De TIS

De opdrachtgever of opdrachtnemer schakelt de TIS in. De TIS heeft een centrale rol in de kwaliteitsborging. Een TIS is een technisch deskundig instituut dat onafhankelijk is van alle partijen die bij de bouw betrokken zijn.

Om de kwaliteit van de TIS te bewaken is een erkenningsregeling ontwikkeld. Deze CROW Erkenningsregeling TIS stelt eenduidige eisen aan de deskundigheid en onafhankelijkheid van de TISorganisatie en medewerkers.

De stappen

De stappen om tot de VGVverzekering te komen zijn:

- Stap 1:

De opdrachtgever neemt het initiatief door in het contract met de opdrachtnemer een TIS en/of VGV te eisen. Vervolgens zal een TIS een risicoanalyse uitvoeren.

²⁶⁹ Zie voor meer informatie de website van Prorail, waar alle relevante juridische stukken te vinden zijn alsmede toelichtende informatie, van dit laatste is met name de brochure: Bouwkwaliteit verzekerd, verborgen gebreken verzekering (VGV) en Technical Inspection Services (TIS) van belang. Zie voorts B. van den Berg en P.J.J. Overtoom, De verborgen gebreken verzekering, BR 2006, p. 417 e.v.

- Stap 2:
Op basis van de risicoanalyse van de TIS gaat de verzekeringsmakelaar onderhandelen met verzekeraars en offertes uitwerken.
- Stap 3:
Polisafgifte door verzekeringsmakelaar: toezegging dekking door verzekeraar(s), doorgaans vooruitbetaling van 10% premie.
- Stap 4:
Goedkeuringsverklaring van de TIS (zie kader).
- Stap 5:
Onvoorwaardelijke dekkingsbevestiging door de makelaar: 10jarige onopzegbare dekking na oplevering voor verborgen gebreken na betaling van de resterende premie (doorgaans 90%).'

Tot slot de aspecten kosten en voordeel van dit systeem, zoals verwoord in de brochure:

'Wat kosten de VGV en TIS?

De kosten voor de VGV en TIS zijn afhankelijk van:

- de complexiteit van het werk
- de aard van de verzekerde gebreken
- de kwaliteit van het ontwerpen bouwproces van de opdrachtnemer en zijn bestaande systemen voor kwaliteitsborging.

CARverzekeraars zijn in toenemende mate bereid korting te verlenen bij inschakeling van een TIS.

CAR en VGV hoeven overigens niet te zijn gekoppeld.

Wat is de winst van de VGV en TIS?

VGV en TIS bieden opdrachtgevers en opdrachtnemers verschillende voordelen:

- Door de inzet van de TIS – die uitsluitend voor de verzekeraar opereert – leidt de VGV tot een beter en efficiënter bouwresultaat, zonder de contractuele verantwoordelijkheden tussen opdrachtnemer en opdrachtgever aan te tasten. De goedkeurende verklaringen van de TIS bevestigen dat de opdrachtnemer bouwt met voldoende kwaliteit.
- De moeizame discussie over de aansprakelijkheid voor verborgen gebreken is voor de opdrachtgever niet langer relevant. Als zich tijdens de eerste tien jaar na oplevering alsnog een gedekt verborgen gebrek voordoet, wikkelt de verzekeraar de zaak af.
- Een opdrachtnemer die kwaliteit levert, wordt beloond met lagere faalkosten, lagere TISKosten en lagere verzekeringspremies. Daardoor kan hij scherper inschrijven en verbetert zijn concurrentiepositie.'

Commentaar

5. Het stelsel van de verborgen gebreken verzekering is vergelijkbaar met het stelsel van de consumentenwoningen zoals in de vorige paragraaf uiteengezet. De aansprakelijkheid van de opdrachtnemer is uitgebreid, waardoor de afnemer/opdrachtgever een verdergaande bescherming geniet dan onder de wet en onder de algemene voorwaarden UAV 2012 (1989) en UV-GC 2005. Anderzijds wordt de opdrachtnemer niet 'aan zijn lot overgelaten' met een onbeheersbare aansprakelijkheid, want op hem wordt toezicht gehouden door de TIS.

6. Het stelsel van de VGV in combinatie met de TIS heeft bij Van den Berg en Overtoom de vraag doen rijzen²⁷⁰ of het bestaan van dit stelsel de ratio aan art. 7:758 lid 3 BW doet ontvallen. Zij zijn van mening dat dat het geval is en zij beëindigen hun artikel dan ook met de opmerking dat het voor de hand ligt deze bepaling bij de eerstvolgende gelegenheid maar te schrappen en het bepaalde in par. 12 UAV 1989 en par. 28 UAV-GC 2005 met het vorenstaande in overeenstemming te brengen. In paragraaf 3.4.6 (Aanbevelingen) wordt op deze suggestie teruggekomen.

7. De controle die door de TIS wordt uitgevoerd, geschiedt ten behoeve van de verzekeraar. Dit is een belangrijk verschil met het Franse systeem, waar controle en toezicht plaats vinden ten behoeve van zowel de opdrachtgever als de ontwerpers en bouwers.²⁷¹ Uit het artikel van Gambon blijkt dat de kosten gemoeid met de verzekeringen substantieel zijn: de premies voor adviseurs (ontwerpers) bedragen naar schatting 5 à 10% van de omzet en voor aannemers gaat het om ongeveer 2% van de omzet.²⁷² Zij concludeert dan ook dat verzekeraars de risico's ondanks de controles en het toezicht niet hebben weten te beheersen of daar onvoldoende belang bij hebben, omdat zij de kosten door de verhoging van de premies hebben kunnen afwentelen.²⁷³ In een beperktere rol van de verzekeraar, door een TIS die alleen voor hem werkt, kan een mogelijkheid liggen de kosten beter beheersbaar te houden. Gambon werpt dan ook de vraag op: als de meerwaarde van de VGV gelegen is in het toezicht van de TIS, is de opdrachtgever dan niet beter af indien hij zelf een opdracht verstrekt aan een derde om toezicht te houden tijdens ontwerp- en uitvoeringswerkzaamheden. Is de VGV wel het juiste middel om faalkosten en schade terug te dringen, zo vraagt zij zich af. En: een punt van overweging is voorts, aldus Gambon t.a.p., dat de VGV niet verplicht is.

3.4.6. Conclusies en aanbevelingen contractenrecht

1. De vraag die onderwerp was van deze paragraaf was: welke bescherming biedt het (bouw) contractenrecht aan de consument van een bouwproduct en hoe is deze positie eventueel te verbeteren indachtig het rapport van de Commissie Dekker waar er op gewezen wordt dat bouwen in de eerste plaats een marktproces is. Dat marktproces ziet civielrechtelijk op de contractuele relaties. Daarom zijn de belangrijkste contractuele regelingen betreffende de aansprakelijkheid van de aannemer/opdrachtnemer nagelopen en in kaart gebracht.

2. Conclusies

- 1) De hoofdregel in het BW en in de algemene voorwaarden (UAV 2012 (1989), UAV-GC 2005 en koop-/aannemingsovereenkomst) is, dat na oplevering de aannemer/opdrachtnemer ontslagen is van aansprakelijkheid behoudens de uitzondering voor verborgen gebreken.
- 2) Het begrip verborgen gebreken is een relatief begrip, waarvan de invulling in concreto afhankelijk is van de deskundigheid van degene die toezicht hield, met dien verstande dat
 - i) de wet het toezichtsmoment beperkt tot het moment van oplevering,

²⁷⁰ Van den Berg en Overtoom op. cit. p. 422.

²⁷¹ Gambon, p. 31.

²⁷² Gambon, p. 29.

²⁷³ Gambon, p. 31.

- ii) de UAV 2012 (1989) twee momenten kent: de periode voorafgaand aan het moment van oplevering en de oplevering met als enige beoordelingscriterium wat de opdrachtgever redelijkerwijs had kunnen onderkennen,
 - iii) de UAV-GC 2005 twee relevante momenten kent (voor oplevering en ten tijde van de oplevering) met voor ieder moment een eigen criterium, resp. het criterium daadwerkelijk opgemerkt hebben en het criterium redelijkerwijs niet had moeten ontdekken en
 - iv) de koop-/aannemingsovereenkomst een zelfde stelsel bevat als de UAV 2012 (1989) met dien verstande dat aan deze overeenkomst de garantie- en waarborgregeling vrijwel standaard gekoppeld is, waardoor het systeem van zijn scherpe kanten is ontdaan.
- 3) Het feit dat het bij het verborgen gebrek in alle regelingen om een relatief begrip gaat, betekent dat er weerkerende rechtspraak is waarin arbiters/rechters zich moeten uitlaten over de vraag of in casu sprake was van een verborgen gebrek.
 - 4) Het stelsel van en de rechtspraak inzake verborgen gebreken zijn beide in de literatuur bestreden, maar tot nu is slechts twee keer bepleit om het systeem ten principale te veranderen.²⁷⁴ In de internationale literatuur is van belang, dat het voorstel van de PELSC, overgenomen in de Draft Common Frame of Reference, inhoudt dat oplevering niet leidt tot een verlies van recht van de opdrachtgever.
 - 5) Het stelsel van aansprakelijkheid maakt dat ingeval er sprake is van meer betrokkenen bij een bouwfout de opdrachtgever niet alleen moet bewijzen dat er een gebrek is, maar ook dat hij moet bewijzen aan wie dit gebrek moet worden toegerekend ('wie heeft het veroorzaakt') en of het gebrek aan deze partij ook toerekenbaar is.²⁷⁵
 - 6) In het Franse stelsel speelt het verborgen gebrek ook een rol in het aansprakelijkheidsstelsel, maar daar bestaan belangrijke aanvullingen op. Om te beginnen wordt de deskundigheid van de directie niet aan de opdrachtgever toegerekend (waardoor feitelijk de groep van verborgen gebreken veel groter is). Indien er van een verborgen gebrek sprake is, zijn zowel ontwerpers als aannemers hoofdelijk aansprakelijk. Hierdoor is de positie van de opdrachtgever aanzienlijk verbeterd. Voorts bestaat er in Frankrijk een verzekeringsplicht voor zowel opdrachtgever als opdrachtnemers. Deze juridische verschillen met Nederland hebben echter niet tot gevolg gehad dat de bouw veel beter presteert. De invloed van verzekeringen in combinatie met het ontbreken van sanctiemogelijkheden van verzekeraars jegens verantwoordelijke partijen lijkt een storende invloed te hebben op het presteren van partijen.
 - 7) In de internationale literatuur (PELSC) blijkt een belangrijke groep van auteurs voorstander te zijn van een stelsel waarbij de aannemer na oplevering zijn aansprakelijkheid niet beperkt en waarbij er geen rechtsverlies optreedt voor opdrachtgevers in verband met het feit dat zij onderzoek hebben verricht dan wel gebreken hadden kunnen onderkennen.

²⁷⁴ Zie par. 3.4.4. nr. 12.

²⁷⁵ Het probleem van de mogelijke hoofdelijke aansprakelijkheid is vanwege de voor dit onderzoek ter beschikking staande tijd geen onderwerp van onderzoek geweest.

- 8) In de consumentenbouw is al enkele tientallen jaren geleden een verontwikkeld systeem van bescherming van de consument van een nieuwbouwwoning tot stand gekomen. Dat systeem knoopt aan bij de bestaande aansprakelijkheidssystematiek (samengevat: na oplevering geen aansprakelijkheid behoudens voor verborgen gebreken). Aan deze systematiek is echter een garantie- en waarborgregeling gekoppeld, waardoor de consument verzekerd is van de kwaliteit van de woning op het niveau van de eisen van het Bouwbesluit en wel zo, dat dit een resultaatsverbintenis is rustend op zijn wederpartij. De consument moet wel bewijzen dat er een gebrek is, maar vragen van toerekening van dit gebrek aan de ondernemer spelen niet. Daar komt bij dat er laagdrempelige arbitrage is. Voorts zijn de ondernemers onderworpen aan controles door hun organisaties (Woningborg en SWK), die op hun beurt ook weer dienen te voldoen aan kwaliteitseisen. Woningborg en SWK hebben een machtsmiddel om de opdrachtnemers te dwingen tot een bouwen conform de gewenste eisen.

3. Aanbevelingen

a) Algemene aanbeveling

Er zijn verschillende manieren waarop vorm kan worden gegeven aan de door het ministerie van Binnenlandse Zaken aan het IBR overgebrachte wens om de positie van de opdrachtgever te verbeteren. Uit deze manieren kan een keuze gemaakt worden. De algemene aanbeveling die in dit tweede deel van het rapport wordt gedaan, is dat naar deze verschillende mogelijkheden onderzoek wordt verricht alsmede dat overleg met de betrokkenen wordt verricht (markt, wetenschap, advocatuur, opdrachtgevers etc.). Op die manier kan draagvlak ontstaan voor wijzigingen.

b) Gedetailleerdere aanbevelingen²⁷⁶

- 1) De positie van de opdrachtgever in het bouwcontractenrecht is te verbeteren door aanpassing van de zinsnede in art. 7:758 lid 3 BW 'gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken' (kort gezegd 'zichtbaar gebrek'). Dit begrip/deze tournure dient ontdaan te worden van zijn relatieve betekenis door een duidelijke omschrijving van de begrippen zichtbaar en verborgen gebrek. Dit moet dan neerkomen op het volgende: de aannemer is na oplevering alleen aansprakelijk voor verborgen gebreken; een verborgen gebrek is een gebrek dat niet genoteerd is op het proces-verbaal van oplevering.

Op deze wijze blijft het huidige systeem van het BW ongewijzigd (na oplevering geen aansprakelijkheid behoudens voor verborgen gebreken) en is het begrip verborgen gebrek eenduidig geformuleerd. Als bewijs van wat de opdrachtgever heeft ontdekt, dient het proces-verbaal van oplevering. Eventueel kan aan deze wijziging gekoppeld worden een expliciete verplichting rustend op de opdrachtgever het werk op te nemen.²⁷⁷

²⁷⁶ De voorstellen 1 tot en met 4 sluiten elkaar niet uit en kunnen gecombineerd worden met elkaar.

²⁷⁷ Het voert het huidige onderzoek te buiten, maar bij de vraag of de opdrachtgever verplicht is om het werk op te nemen, kan een vraagteken worden geplaatst, al is de meerderheid van de literatuur van mening dat de opdrachtgever verplicht is mee te werken aan de oplevering en dus ook tot een vorm van onderzoek op dat moment. Het expliciet formuleren van een verplichting in dezen zal waarschijnlijk niet op veel bezwaar stuiten onder de auteurs.

- 2) In het verlengde van dit voorstel ligt de mogelijkheid par. 12 UAV 2012 (1989) en de UAV-GC 2005 op vergelijkbare wijze te wijzigen.

De tekst van par. 12 leden 1 en 2 UAV 2012 (1989) zou als volgt kunnen komen te luiden:

1. Na de dag, waarop het werk overeenkomstig het bepaalde in § 10, eerste of tweede lid, als opgeleverd wordt beschouwd, is de aannemer niet meer aansprakelijk voor tekortkomingen aan het werk.
2. Het in het eerste lid bepaalde lijdt uitzondering indien sprake is van een gebrek:
 - (a) dat toe te rekenen is aan de aannemer en
 - (b) dat bovendien tijdens de uitvoering noch bij de opname van het werk als bedoeld in § 9, tweede lid, door de directie (daadwerkelijk) is onderkend en waarvan
 - (c) de aannemer binnen een redelijke termijn na de ontdekking mededeling is gedaan.

Par. 28 lid 1 UAV-GC 2005 zou als volgt kunnen komen te luiden:

Na de feitelijke datum van oplevering is de Opdrachtnemer niet meer aansprakelijk voor gebreken in het Werk of in enig onderdeel daarvan, tenzij:

- (a) die gebreken te wijten zijn aan zijn schuld, of krachtens wet, rechtshandeling of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komen,
en bovendien
- (b) de Opdrachtgever voorafgaande aan de oplevering noch op het tijdstip van de feitelijke datum van oplevering die gebreken niet (daadwerkelijk) heeft opgemerkt.

Conform het voorstel dat in zake art. 7:758 lid 3 wordt gedaan, kan dit voorstel voor zowel de UAV 2012 als de UAV-GC 2005 nog aangevuld worden met een omschrijving in de beide sets van algemene voorwaarden van wat als (daadwerkelijk) opgemerkt moet worden beschouwd: gebreken die niet schriftelijk zijn meegedeeld aan de aannemer zijn niet (daadwerkelijk) opgemerkt. Op deze manier wordt de discussie over wat onderkend is net als de discussie omtrent de vraag wat een verborgen gebrek is, afgekap.

- 3) Deze wijziging kan/dient aangevuld (te) worden met een verborgen gebreken verzekering waarin voorzien is in uitputtende controles en waarbij goed rekening wordt gehouden met de mogelijke negatieve invloed van een verzekering op het goed (willen) presteren door degene wiens werk onderwerp van verzekering is (vergelijk de kritische opmerkingen naar aanleiding van het Franse stelsel van Gambon). Voorts zal bij een verzekeringsstelsel rekening gehouden moeten worden met hetgeen in Hoofdstuk 1 is opgemerkt in het daar aangehaalde rapport Evenwichtskunst van de WRR.
- 4) De positie van de opdrachtgever van een bouwwerk is voorts te verbeteren door te komen tot een stelsel van wettelijke hoofdelijkheid vergelijkbaar met het Franse stelsel.

- 5) De positie van de opdrachtgever van een bouwwerk is te verbeteren door aan het huidige stelsel van aansprakelijkheid een stelsel van garantie- en waarborgregelingen te verbinden, zoals dat bestaat in de consumentenwoningbouw.
- 6) De positie van de opdrachtgever van een bouwwerk is te verbeteren door de beperking van de aansprakelijkheid na oplevering (de beperking tot aansprakelijkheid voor verborgen gebreken) af te schaffen en uit te sluiten, dat aan toezicht consequenties inzake aansprakelijkheid worden verbonden; vergelijk daartoe de regeling in de PELSC.

Met het oog op het verkrijgen van draagvlak kan betoogd worden dat het in het algemeen aanbeveling verdient die wijzigingsvoorstellen te doen, die het dichtst bij de huidige regelingen liggen. De suggesties gedaan onder 1 en 2 knopen aan bij het huidige systeem van aansprakelijkheid, dat maakt deze mogelijk makkelijker aanvaardbaar. Het voorstel inzake de verzekering en de garanties is al bestaand in deelgebieden in de bouw.

Het voorstel onder nummer 6 gaat een stap verder en zal moeilijker op brede instemming kunnen rusten van de markt en andere betrokkenen.

Daar staat tegenover dat het de wens van de Kamer is om te komen tot een verbetering van de positie van de opdrachtgever. Die verbetering wordt in aanzienlijke mate bewerkstelligd door de suggesties gedaan onder 1 tot en met 4.

c) Aanbevelingen voor verder onderzoek

- 1) De vraag kan worden gesteld of een opdrachtnemer ten tijde van de oplevering daadwerkelijk verplicht is tot het doen van onderzoek naar het bouwwerk. Deze verplichting is van belang met het oog op het verweer dat een aannemer kan voeren inzake tekortkomingen die de opdrachtgever had moeten ontdekken. Het verdient aanbeveling in het kader van het verbeteren van de positie van de opdrachtnemer te onderzoeken of een dergelijke verplichting wel voortvloeit uit de wet en zo dat het geval is verdient het aanbeveling te onderzoeken of deze verplichting niet geschrapt zou dienen te worden.
- 2) Onderzocht zou kunnen worden hoe betrokkenen aan kijken tegen een dwingendrechtelijke regeling van een van de hiervoor genoemde voorstellen. Het BW is thans aanvullendrechtelijk van aard.
- 3) De aansprakelijkheid van adviseurs onder de DNR 2011 (2005) is beperkt. De reden dat dit het geval is, is dat verzekering van een grotere omvang van de aansprakelijkheid niet mogelijk is. Het verdient aanbeveling naar die stelling onderzoek te doen en indien onderzoek uitwijst dat de stelling juist is of daar een oplossing voor denkbaar is.
- 4) Het Franse stelsel kent automatische hoofdelijkheid in geval van een verborgen gebrek. Overwogen kan worden of een dergelijk systeem in Nederland navolging verdient.
- 5) Alle wijzigingen zullen door de markt als ingrijpend worden ervaren: een breed overleg is dan ook noodzakelijk alvorens tot aanpassing van het BW wordt overgegaan. Eenzijdige aanpassing van de genoemde algemene voorwaarden wordt ontraden om dezelfde reden.